

DIE VERJÄHRUNG BAUVERTRAGLICHER
GEWÄHRLEISTUNGSANSPRÜCHE

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der

JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

der

RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

der

ALBERT - LUDWIGS - UNIVERSITÄT

zu

Freiburg im Breisgau

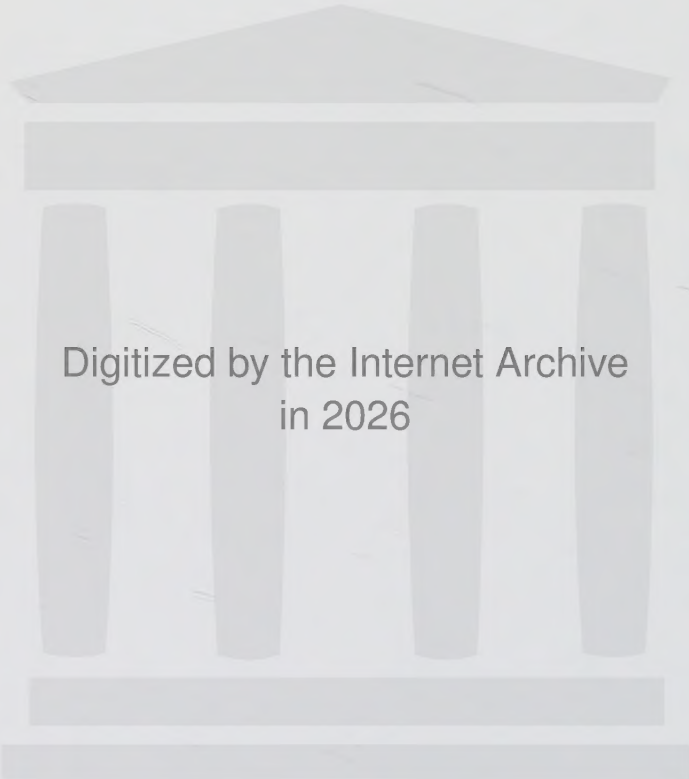
vorgelegt von

Martin Booz

aus

Wiesbaden

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545304_0042

DIE VERJÄHRUNG BAUVERTRAGLICHER
GEWÄHRLEISTUNGSANSPRÜCHE

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der
JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

der

RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

der

ALBERT - LUDWIGS - UNIVERSITÄT

Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Martin Booz

aus

Wiesbaden

1979



Dekan : Prof. Dr. Karl Kroeschell
Erstberichterstatter : Prof. Dr. Götz v. Craushaar
Zweitberichterstatter : Prof. Dr. Peter Schlechtriem
Tag der mündlichen
Prüfung : 14. Mai 1979

meiner Mutter

I

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	<u>Seite</u>
Einleitung	1
I. <u>Kapitel:</u> Die geltende Regelung der bauvertraglichen Gewähr- leistungsfristen	6
A. Die Zweiteilung der werkvertrag- lichen Mängelhaftung	6
B. Die Alternativen des § 638 Abs.1 S.1 BGB	8
II. <u>Kapitel:</u> Kritik an der gesetzlichen Regelung	16
A. Grundsätzliche Bedeutung der Länge der Gewährleistungsfrist	16
B. Die einzelnen Ergebnisse der Recht- sprechung	17
III. <u>Kapitel:</u> Die Literatur	31
A. Frühere Literaturmeinungen	31
B. Die Lehre v. Craushaars	35
IV. <u>Kapitel:</u> Ausländische Gewährleistungs- fristen im Baubereich	41
A. Frankreich	41
B. England	46
C. Österreich	50
D. Schweiz	52
E. Dänemark	55
F. Norwegen	58
G. Schweden	60
H. DDR	63
I. Zusammenfassung	70
V. <u>Kapitel:</u> Historische Entwicklung	71

VI. <u>Kapitel:</u> Die richtige	
Auslegung des § 638	84
A. Die dogmatischen Besonderheiten	
des § 638	84
B. Ergebnisse der begrenzten Anwendung	
der 5-Jahresfrist	93
C. Überprüfung der einschränkenden	
Auslegung in Bezug auf die	
praktischen Verhältnisse	97
VII. <u>Kapitel:</u> Grundlegende Fragen und Vor-	
schläge zur Neuordnung bau-	
vertraglicher Gewährleistungs-	
fristen	111
1. Standort der Gewährleistung im	
Rechtssystem	112
2. Versicherungsrechtliche Aspekte	113
3. Differenzierung nach Arbeit und	
Material	118
4. Fragen der allgemeinen Einteilung	
der Werkleistungen	120
5. Verjährungsbeginn ab Kenntnisnahme	
des Schadens	123
6. Automatische Geltung der VOB/B	125
7. Die Gliederung bei Daub	126
8. Die Verschleißklausel der DDR	127
9. Die Abgrenzung in der Schweiz	129
10. Die Auswirkungen des Gesamtschuld-	
verhältnisses zwischen Architekt	
und Bauunternehmer	129

	<u>Seite</u>
VIII. <u>Kapitel:</u> Einzelheiten einer neuen Fristenregelung	131
A. Die sogenannte Grundfrist	131
B. Die Sonderfristen	136
C. Einführung von Ausschlußfristen	144
D. Aufnahme von Ausschlußfristen im Kaufrecht	145
IX. <u>Kapitel:</u> Besondere Leistungsformen und Vertragsgestaltungen	148
A. Der Hochhausbau	148
B. Fertigteilbau	149
C. Kauf vom Bauträger	153
D. Wohnungseigentum	157
E. Zusammenfassung	162
X. <u>Kapitel:</u> Geistige Leistungen	164
A. Darstellung der heutigen Situation	164
B. Gedanken zum kompletten Architek- tenvertrag	169
C. Weitere geistige Leistungen	175
<u>Zusammenfassung</u>	181

Literaturverzeichnis

- Almén, Tore Das skandinavische Kaufrecht, Heidelberg, 1922;
- Anderson, Detlev Verlängerung der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche bei Bauwerken gemäß § 13 VOB/B, BauR 70, 144;
- Aubry et Rau Droit civil français, 6.Aufl., Paris, 1947, Tome V;
- Augdahl, Per Den norske obligasjonsretts almindelige del, 3.Aufl., Oslo, 1963;
- Ballerstedt, Kurt Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, Festschrift für Karl Larenz, München, 1973;
- Bech, Arne Entreprenørkontrakter-Risiko og ansvar, Oslo, 1962, Heft 48 Reihe Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner;
- Bender, Bernd Staatshaftungsrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1974;
- Bengtsson, Bertil Särskilda avtalstyper I, Stockholm, 1971;
- Bernhard, Karl Was ist ein Bauwerk ?, Technik und Wirtschaft 1911 S. 398 und 1912 S. 42;
- Bielitz, Gustav Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte, Zweyter Band, Erfurt, 1824;
- Bierhaus, Felix Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, 1888;
- Bindhardt, Walter Die Haftung des Architekten, 7.Aufl., Düsseldorf, 1974;
- Böggering, Peter Die Abnahme beim Werkvertrag, JuS 1978, 512;
- Braun, Harald Bauvorschriften in sechs EWG-Ländern, Ifo-studien zur Bauwirtschaft, Teil 2, München, 1973;
- Brych, Friedrich Kauf vom Bauträger, NJW 1975, 2326;
derselbe Gewährleistungsmindestfristen beim Wohnkauf, NJW 1976, 1072;

- Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin, 1788;
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München, 1861 (nebst Motiven);
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 2.Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1882;
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Berathung, Berlin, 1885;
- Erhard, Christian Napoleons I. bürgerliches Gesetzbuch, Dessau, 1808;
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Aufl., Münster, 1975;
- Ferid, Murad Das französische Zivilrecht, Band 1, Frankfurt, 1971;
- Förster/Eccius Preußisches Privatrecht, 6.Aufl., II.Bd., Berlin, 1892;
- Fuzier/Hermann Code civil, Band VI und VII, Paris, 1949;
- Ganten, Hans Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.1.72 (VersR 1972, 396), VersR 1972, 540;
- derselbe Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, 1974;
- derselbe Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 5.4.1974 (NJW 1974, 2328), NJW 1975, 391;
- Gauch, Peter Einige Fragen zum Bauvertrag, SJZ 1976, 153;
- Gautschi, Georg Berner Kommentar, Band VI Das Obligationenrecht, 2.Abteilung: Die einzelnen Schuldverhältnisse, 3.Teilband, Bern, 1967;
- Gierke, Otto von Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig, 1889;
- Goldmann/Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band 1, 2.Aufl., 1903;
- Grundfragen des Vertragssystems, Kollektiv unter der Leitung von Dr. Hemmerling, Berlin, 1958;

- Gschnitzer, Franz Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Band 3 Schuldrecht Besonderer Teil und Schadensersatz, Wien, 1963;
- Häring, Hans Der Fertighausbau und seine Rechtsprobleme, 1968;
- Halsbury's Laws of England, London, 3.Ed., 1952 ff., 4.Ed., 1958 ff.;
- Halsbury's Statutes of England, 3.Ed., London 1948 ff.;
- Hattenhauer, Hans Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Frankfurt, 1970;
- Heiermann, Wolfgg. Gewährleistung nach dem Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Novellierung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB 1973), BB 1974, 958;
- Herding-Schmalzl Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 1964;
- Herrmann-Heuer Kommentar zur Einkommensteuer, 18.Aufl., 1977;
- Hippel, Eike von Zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn - ein Ruf nach Reform, NJW 1970, 1835;
- Hørlyck, Erik Entreprise- og licitationsbetingelser, København, 1973;
- Ingenstau-Korbion VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 8.Aufl., 1977;
- Jakobs Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Werkleistung, JuS 1975, 75;
- Johlen, Heribert Gehört die Ausschachtung zu den Arbeiten am Bauwerk im Sinne der §§ 638 und 648 BGB ?, NJW 1974, 732;
- Kamptz, Karl von Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 60, Berlin, 1842;

- Kapellmann, Klaus Die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche nach dem Erwerb von Wohnungseigentum, MDR 1973, 1;
- Klang/Gschnitzer Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV,1, Wien, 1968;
- Koch, Christian Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 7.Ausgabe, Erster Band, Berlin, 1878;
- Koeble, Wolfgang Die Rechtsnatur der Verträge mit Bauträgern (Baubetreuern), NJW 1974, 721;
- Köpcke, Günther Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart, 1965;
- Kommentierung zum Vertragsgesetz, Staatliches Vertragsgericht, Berlin, 1975;
- Korbion, Hermann Neufassung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), DB 1974, 77;
- derselbe Das neue AGB-Gesetz und das Bauvertragsrecht, VersR 1977, 681;
- Krasnopolski/Kafka Lehrbuch des österreichischen Privatrechts, Dritter Band Obligationenrecht, Wien, 1910;
- Krattinger, Peter Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Bauherrn gegen den Architekten, NJW 1969, 219;
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., Berlin, 1975;
- derselbe Lehrbuch des Schuldrechts, II.Band Besonderer Teil, 11.Aufl., 1977;
- Lejman, Fritjof Rättsvetenskapliga studier (Ph. Hult), Uppsala 1960 S. 275;
- Lindenmaier/Möring Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen;
- Locher, Horst Das private Baurecht, München, 1976;

- derselbe Die VOB und das Gesetz zur Regelung des
Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingun-
gen, BauR 1977, 221;
- derselbe Das AGB-Gesetz und die Verdingungsordnung
für Bauleistungen, NJW 1977, 1801;
- Maser, Axel Bauwerksicherungshypothek des Architekten,
BauR 1975, 91;
- Mazeaud Leçons de Droit civil, 4.Aufl., Paris,
Tome II Vol.1 1969, Tome III Vol.2 1974;
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 7.Aufl., Köln, 1975;
- Motiv AB 72, Svenska Teknologföreningens Kontraktskommitté,
Stockholm, 1973;
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich, Band II, Berlin, 1888;
- Neuenfeld Bauversicherungen, Stuttgart, 1976;
- Norges Lover 1685 - 1973, Grøndahl & Søn Boktrykkeri, Oslo,
1974;
- Oertmann, Paul Bauwerk und Bauwerkvertrag, Archiv für
Bürgerliches Recht Band 38 S. 169;
- Ohmen, Werner Die Regelung der Sachmängelhaftung in Bau-
trägerverträgen, DNotZ 1975, 344;
- Oser/Schönenberger Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetz-
buch, 2.Aufl., V.Band Das Obligationen-
recht, 2.Teil, Zürich, 1936;
- Palandt, Otto Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 37.Aufl., München, 1978;
- Pietsch Die Abnahme im Werkvertragsrecht - ge-
schichtliche Entwicklung und geltendes
Recht, Dissertation, Hamburg, 1976;
- Planck, Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.
Aufl., II.Band, 2.Hälfte Recht der Schuld-
verhältnisse (Besonderer Teil), Berlin,
1928;

- Portmann-Studer Die Versicherungen der Bauunternehmung,
Zürich, 1966;
- Prölls-Martin Versicherungsvertragsgesetz, 21.Aufl.,
München, 1977;
- Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen
Deutschen Obligationenrechts, Dresden,
1863-66 (Dresdner Entwurf);
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs
des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II,
Berlin, 1898 (Prot.);
- Reithmann, Christoph Kauf vom Bauträger, 2.Aufl., 1977
- Rengier, Hans-B. Die Abgrenzung des positiven Interesses
vom negativen Vertragsinteresse und vom
Integritätsinteresse, Schriften zum Bür-
gerlichen Recht, Band 39, 1977;
- Rietschel Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.4.60
(NJW 1960, 1198), LM Nr.2 zu § 638 BGB;
- Riezler, Erwin Der Werkvertrag in rechtsvergleichender
Darstellung, RabelsZ Band 17 S. 522;
- derselbe Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Ge-
setzbuche, Jena, 1900;
- Roth-Gaber Kommentar zum Vertragsrecht und zur Gebüh-
renordnung für Architekten, 11.Aufl.,
Frankfurt, 1974;
- Sandvig, Tore Entreprenørrisikoen, Oslo, 1966;
- Schild, E. Untersuchung über das Ausmaß und die
Schwerpunkte der Bauschäden im Wohnungs-
bau, Forschungsauftrag des Innenministe-
riums des Landes NRW, Aachen, 1973;
- Schlechtriem, Peter Regreß und Gewährleistung,
NJW 1972, 1554;
- derselbe Vertragsordnung und außervertragliche
Haftung, Frankfurt, 1972;
- derselbe Abwicklungsschutz des Verkäufers und Delikts
recht in Ius privatum gentium, Festschrift
f. Max Rheinstein Bd. II, Tübingen, 1969;

- Schmalzl, Max Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, NJW Schriftenreihe Heft 4, 3.Aufl., München, 1976;
- Schmidt, Friedrich Bauträgervertrag und VOB, MittBayNot 1977, 93;
- Schmidt, Hans W. Aus der Rechtsprechung des BGH zum Bau- und Architektenrecht, MDR 1976, 716;
- Schubert, Werner Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, JR 1975, 179;
- derselbe Zur Verjährung von Mangelfolgeansprüchen wegen fehlerhafter planerischer Werkleistungen, BB 1975, 585;
- Siebenhaar, Eduard Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, 2.Band, Leipzig, 1865;
- Soergel, Hans Th. Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht II, 10.Aufl., 1969;
- Staehelin, Bernh. Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht, Basel, 1954;
- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden;
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Band Recht der Schuldverhältnisse, 3.Teil, 11.Aufl., 1958;
- Striethorst, Theodor Archiv für Rechtsfälle des Königlichen Ober-Tribunals, Band 82, Berlin, 1872;
- Svarez, Carl Gottlieb Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts, Berlin, 1933;
- Sveriges Rikes Lag 1736 - 1973, 19.Aufl., Stockholm, 1973;
- Tempel, Otto Bauhandwerkersicherungshypothek für den Architekten ?, JuS 1973, 414;
- The All English Law Reports, London, Ed. 1964 Vol.3, Ed.1975 Vol.2;
- The English and Empire Digest, London, Vol. 32, 1964;

- Ussing, Henry Dansk Obligationsret, 2.Aufl., Band II
 Enkelte Kontrakter, Kopenhagen, 1946;
 derselbe Obligationsretten, 4.Aufl., Almindelig
 Del, Kopenhagen, 1961;
- VOL - Verdingungsordnung für Leistungen, 20.Aufl., Düsseldorf, 1975, bearbeitet von Walter Daub;
- Walter, Arno Der Werkvertrag und die Mängelhaftung des
 Herstellers nach den Rechtsordnungen des
 deutschen und des französischen Sprach-
 kreises, Dissertation, Saarbrücken, 1966;
- Werner-Pastor Der Bauprozeß, 2.Aufl., 1977;
- Wussow, Werner Allgemeine Vertragsbedingungen für Haft-
 pflichtversicherung, 8.Aufl., Frankfurt,
 1976;
 derselbe Baumängelhaftung und Versicherung in der
 VOB, NJW 1967, 1552;
- Zachariä v. Lingenthal, Carl Handbuch des Französischen
 Civilrechts, 6.Aufl., 4.Band, Heidelberg,
 1875;
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Ent-
 wurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Neu-
 druck, Band II, Osnabrück, 1967;
- Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung auf
 dem Gebiete des Privatrechts, Band II,
 Tübingen, 1969;

Abkürzungsverzeichnis

I.

a.A.	anderer Auffassung
aaO	am angegeben Ort
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BT	Besonderer Teil
Ed.	Edition
Erg.bd.	Ergänzungsband
Fn.	Fußnote
hM	herrschende Meinung
Kap.	Kapitel
No.	numéro
Nr.	Nummer, number
Rn.	Randnummer
s.	siehe, section
S.	Seite
sog.	sogenannt
Tab.	Tabelle
vgl.	vergleiche
Vol.	Volumen, volume
Vor, Vorb	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

II.

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Preußen, Österreich;
ABN	Allgemeine Bedingungen für die Bauwesen- versicherung von Gebäudeneubauten durch Auftraggeber;
ABU	Allgemeine Bedingungen für die Bauwesen- versicherung von Unternehmerleistungen;
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der All- gemeinen Geschäftsbedingungen;
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794;
BauO	Bauordnung;
Bay	Bayern;
BB	Der Betriebsberater;
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bun- desgerichts, Lausanne;
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen, bzw. amtliche Sammlung;
Bad.Württ.	Baden - Württemberg;
C.c.	Code civil;
DB	Der Betrieb;
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift;
DVO	Durchführungsverordnung;
EKG	Einheitliches Kaufgesetz;
ESTG	Einkommensteuergesetz;
GBL	Gesetzblatt der DDR;
HGB	Handelsgesetzbuch;
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure;
JBl.	Juristische Blätter, Wien;
JR	Juristische Rundschau;

JuS	Juristische Schulung;
JW	Juristische Wochenschrift;
KG	Kammergericht Berlin;
LBO	Landesbauordnung;
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notar- vereins;
Mot.	Motive (s. Literaturverzeichnis);
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht;
NJ	Neue Justiz, Berlin;
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Stockholm;
NJW	Neue Juristische Wochenschrift;
NRW	Nordrhein - Westfalen;
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung;
OGH	Oberster Gerichtshof;
OLGZ	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (in Zivilsachen);
OR	Obligationenrecht;
Prot.	Protokolle (s. Literaturverzeichnis);
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und inter- nationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel;
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen, bzw. amtliche Sammlung;
SJZ	Schweizerische Juristische Zeitung;
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen;
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen, Kopenhagen;
VG	Vertragsgesetz der DDR;
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen;
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen;
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts;

WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht;
WM	Wertpapiermitteilungen;
ZGB	Zivilgesetzbuch der DDR;
ZS	Zivilsenat;

E i n l e i t u n g

Innerhalb des privaten Baurechts bildet die Gewährleistung einen Bereich, auf den sich die meisten wirtschaftlichen und gerichtlichen Auseinandersetzungen konzentrieren. Nur wenige Bauobjekte werden errichtet, ohne daß anschließend Mängelrechte geltend gemacht werden. Die bei den Zivilgerichten anhängigen Bauprozesse haben vornehmlich die vertragliche Gewährleistung zum Gegenstand.

Für die Bedeutung der Gewährleistung kommt hinzu, daß Bauprozesse in der Regel einen überdurchschnittlich hohen Streitwert haben. Da die Schäden oft den ehemaligen Auftragswert übersteigen, wird in vielen Fällen der Beschwerdewert des § 546 Abs.1 S.1 ZPO erreicht. So betrafen 283 von den 332 Revisionen, die 1975 bei dem u.a. für das Werkvertragsrecht zuständigen VII. Zivilsenat des BGH eingegangen sind, das Bau- und Architektenrecht. Im Vordergrund standen Streitigkeiten über die Gewährleistung (1).

Eine Untersuchung im Auftrag des Innenministeriums des Landes NRW (2) von Oktober 1973, die noch eingehend behandelt werden wird, zeigt die Bedeutung der Gewährleistung in der Praxis. Schäden an Bauobjekten gehen danach überwiegend auf mangelhafte Planung und Bauausführung zurück. Im Wohnungsbau waren von 1817 beobachteten Gebäuden 433 mit 979 Einzelschäden behaftet (3).

(1) Schmidt, Wolfgang MDR 1976, 716

(2) Untersuchung über das Ausmaß und die Schwerpunkte der Bauschäden im Wohnungsbau, Prof. Schild, Aachen, Forschungsauftrag des Innenministeriums des Landes NRW

Von diesen Schäden sind 71,7 % auf Fehler bei der Planung (13,2 %) sowie Fehler bei der Aufsicht und Ausführung (58,5 %) zurückzuführen (4). Die Kosten der Schadensbeseitigung beliefen sich bei allen 433 Gebäuden auf rund 2 Mio DM ohne Folgekosten (5). Wenn auch diese Zahlen aus dem Wohnungsbau nicht in vollem Umfang verallgemeinert werden können, so geben sie doch wegen des hohen Anteils des Wohnungsbaues an der gesamten Bauproduktion einen Einblick in die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Gewährleistung. Diese Bedeutung entsteht dadurch, daß der Bauherr vor Vertragsabschluß im Gegensatz zum Käufer ein Produkt nicht prüfen und gegebenenfalls ablehnen kann, und daß der Unternehmer ohne Einschränkung die Herstellung eines gerade mangelfreien Werkes schuldet. Daneben kommt der Verjährung, die den Gewährleistungszeitraum begrenzt, eine ähnliche Bedeutung zu. Denn ein Bauwerk - oder überhaupt Bauleistungen - bergen oft in sich Mängel, die im Verhältnis zu anderen Leistungen erst nach längerer Zeit zu entdecken sind. Während der Gewährleistungsdauer ist der Unternehmer wegen der Möglichkeit einer finanziell beeinträchtigenden Gewährleistungsverpflichtung und wegen etwaiger Sicherungseinbehalte belastet.

1. Die Regelung der Verjährung in § 638 Abs.1 S.1 BGB (6) teilt die Gesamtheit aller Unternehmerleistungen in drei Bereiche ein :

a) die beweglichen Werke mit einer Frist von 6 Monaten

(4) Untersuchung S. 59

(5) Untersuchung S. 48

(6) Paragraphen ohne Gesetzesangabe gehören im folgenden dem BGB an

- b) die Arbeiten am Grundstück mit der Jahresfrist
- c) die Bauwerksleistungen mit der Frist von 5 Jahren

Die Tatbestandsmerkmale "Arbeit am Grundstück" und "Bauwerk" bereiten erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Fraglich ist, ob als Bauwerk nur die Herstellung eines kompletten Gebäudes verstanden werden kann, oder ob auch Einzelarbeiten eine Bauwerksleistung darstellen können. Wie sind Reparatur- und Umbauarbeiten zu qualifizieren? Welche Werkleistungen sind Bauwerke, ohne Gebäude zu sein? Neue, bei der Schaffung des BGB unbekannte Bauleistungen und Vertragsgestaltungen sind zu subsumieren wie etwa Kanalbauten, die über Landstraßen oder Eisenbahnlinien hinwegführen, hydraulisch versetzbare Brücken oder Häuser, Fertigteilbauprodukte sowie der Erwerb von Wohnungseigentum. Unklar ist nun, wann im Einzelfall eine Arbeit am Grundstück oder ein Bauwerk vorliegt. Ähnliches gilt für den Bau eines Rohrbrunnens (7), den Einbau einer Klimaanlage, die Verlegung eines Teppichbodens oder die Herstellung einer Fahrbahndecke. Beim Bau eines Rohrbrunnens oder der Herstellung einer Fahrbahndecke läge es nahe, diese Leistungen wegen des Kontakts zum Erdboden als Arbeiten am Grundstück einzuordnen. Der Einbau einer Klimaanlage und die Verlegung eines Teppichbodens haben hingegen nichts mit dem Grundstück zu tun. Diese Leistungen sind als Bauwerksleistungen im Rahmen der Verjährung überbewertet.

(7) zum Begriff s.u. S. 101 Fn. 35

Eine laienhafte Betrachtung ergäbe, daß ein Bauwerk nur ein Produkt sein kann, das sich wegen seiner Größe von der Umgebung abhebt. Es wären dann allenfalls noch Gartenlauben oder Garagen, nicht aber Einzelarbeiten an größeren Objekten als Bauwerk zu verstehen.

2. Abgesehen von diesen Problemen der Subsumtion führt die Anwendung des § 638 Abs. 1 S.1 oft zu wirtschaftlich unrichtigen und widersprüchlichen Ergebnissen. Das mag folgender Ausgangsfall zeigen:

Im Dezember 1976 ließ eine Hamburger Reederei von einer Spezialfirma die Mannschaftsräume zweier Schiffe mit Teppichboden auslegen. Aufgrund eines weiteren Auftrages führte die Verlegefirma im Januar 1977 die gleichen Arbeiten in den Büroräumen der Reederei aus. Im Oktober 1977 lösten sich an verschiedenen Stellen sämtlicher Arbeiten die aufgeklebten Böden, da die Mitarbeiter der Verlegefirma in beiden Fällen den Untergrund nicht genügend gesäubert hatten.

Obwohl diese Arbeiten technisch gleichartig sind, gelten verschiedene Gewährleistungsfristen. Die Arbeiten in den Büroräumen fallen als Bauwerksleistungen unter die 5-Jahresfrist, während für die übrigen Arbeiten die 6-Monatfrist maßgeblich ist. Nach der Darstellung der geltenden Verjährungsregelung und ihrer Folgen soll "de lege lata" oder "de lege ferenda" eine Lösung gesucht werden, die weniger Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet und zu wirtschaftlich richtigen Ergebnissen führt.

Dabei wird berücksichtigt, daß auf einen hohen Anteil der Leistungen in Bauindustrie und Handwerk die VOB/B Anwendung findet, wo sich im Rahmen des § 13 Nr.4 VOB/B die Problematik in ähnlicher Weise, wenn auch mit teilweise anderen Fristen stellt.

Wenn auch die VOB/B eine Sonderregelung des bürgerlichrechtlichen Werkvertrages darstellt, und die Parteien in Einzelfällen entsprechend der jeweiligen wirtschaftlichen Situation individuelle Gewährleistungsfristen vereinbaren, so bleibt doch die primäre Aufgabe des Gesetzes, auch für den Baubereich eine sinnvolle Regelung zu treffen. Durch die Verwendung der Tatbestandsmerkmale "Arbeit am Grundstück" und "Bauwerk" hat der Gesetzgeber klar zu erkennen gegeben, daß er auch im Baubereich die Verjährung besonders regeln will.

Seltener sind hingegen die Fälle, in denen eine individuelle Gewährleistungsfrist vereinbart wird. Meist legen die Parteien hier die Bezugsobjekte fest, so, daß die genannten Schwierigkeiten nicht auftreten.

I. K a p i t e l : Die geltende Regelung der bau-
vertraglichen Gewährleistungs-
fristen

A. Die Zweiteilung der werkvertraglichen
Mängelhaftung

Eine Haftung des Werkunternehmers kann sowohl aus positiver Forderungsverletzung als auch aus den speziellen Gewährleistungsvorschriften des Werkvertrages entstehen. Der Gewährleistung nach den §§ 633 ff. kommt wirtschaftlich eine weitaus stärkere Bedeutung zu. In den meisten Fällen bauvertraglicher Mängelhaftung geht es um Nachbesserungsverlangen, Ansprüche nach § 633 Abs.3 wegen Beauftragung einer anderen Firma und seltener Schadensersatzansprüche nach § 635, während Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung sowohl insgesamt als auch der Höhe nach zurücktreten. Dies folgt aus der von der herrschenden Meinung und Praxis vorgenommenen Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 635 über die unmittelbaren Mängelfolgeschäden hinaus (1). So wird nach dieser Vorschrift ein Schadensersatzanspruch wegen Mietausfalls und entgangener Eigennutzung bei Mangelhaftigkeit des Werkes anerkannt (2). Auch der durch mangelhafte Architektenleistung entstandene Schaden wird unter § 635 subsumiert (3). Daher sind im Baubereich Fälle selten, in denen eine positive Forderungsverletzung vorliegt, und nach § 195 die 30-jährige Verjährungsfrist gilt.

(1) vgl. die Übersicht bei Palandt Vorb 4 e
zu § 633

(2) BGHZ 46, 238 (240)

(3) BGHZ 32, 206 = NJW 60, 1198; BGHZ 37, 341

Das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Unmittelbarkeit zeigt, wie schwierig die Abgrenzung zwischen positiver Forderungsverletzung und § 635 ist. Daß dieses Kriterium höchst unbrauchbar ist, wird auch bei der unmittelbaren Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Lehre und Rechtsprechung zu den enteignungsgleichen und aufopferungsgleichen Eingriffen deutlich (4). Ein besseres Unterscheidungsmerkmal verwendet ein Teil der Literatur, der darauf abstellt, ob der zu liquidierende Schaden am Werk selbst oder an einem anderen Rechtsgut entstanden ist (5). Eine Abgrenzung danach, ob der Schaden erst durch ein zusätzliches Ereignis hervorgerufen wurde, mag sinnvoll sein, ist aber im Einzelfall schwer zu praktizieren (6). Gerade im Zusammenhang mit Bauvertragsrecht hat sich Schlechtriem (7) mit diesem Thema befaßt. Er schlägt vor, Verluste aus dem typischen Vertragsrisiko der Vorschrift des § 635, Verluste aus allgemeiner Verantwortlichkeit jedoch der positiven Forderungsverletzung zuzuordnen. Insbesondere warnt Schlechtriem davor, wie der BGH (8) allgemeingültige Formeln zu verwenden. Auf die neuere, gründliche Zusammenstellung der Meinungen bei Rengier (9) darf verwiesen werden.

(4) Bender Rn 100 ff., 120

(5) Larenz Schuldrecht BT S. 269

(6) Staudinger § 635 Rn 8

(7) NJW 72, 1555

(8) NJW 72, 625

(9) aaO S. 22 ff.

Für die hier zu behandelnde Problematik bleibt festzuhalten, daß bei der Art der Abgrenzung, wie sie die Rechtsprechung vornimmt, der Auslegung des § 638 erhöhte Bedeutung zukommt.

B. Die Alternativen des § 638 Abs.1 S.1 BGB

Nach § 638 Abs.1 S.1 ist zu unterscheiden zwischen Werkleistungen an beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die unbeweglichen Werke zerfallen ihrerseits in Grundstücksarbeiten und Bauwerksleistungen, wobei letztere ein Unterfall der Grundstücksarbeiten sind (12). Für die 5-jährige Frist hat die Rechtsprechung des RG und des BGH den Grundsatz entwickelt, daß Bauwerke unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sachen sind (13).

1. Demzufolge fallen unter den Begriff der Bauwerksleistungen sowohl die Gesamterrichtung von Gebäuden als auch andere Bauleistungen wie z.B. die Verlegung einer Fahrbahndecke auf einem Tankstellengelände (14). Das Erfordernis der Verbindung mit dem Erdboden wird hierbei dem § 94 entnommen. So hat der BGH auf die Herstellung eines Rohrbrunnens die 5-jährige Frist mit der Begründung angewandt (15), daß ein Rohrbrunnen, nicht zuletzt wegen seiner eigenen Schwere mit der Erde innig verbunden sei.

(12) BGH NJW 70, 942(943); Erman § 638 Rn 10

(13) BGH NJW 71, 2219 mit weiteren Hinweisen

(14) BGH LM Nr.7 zu § 638 BGB

(15) wie zuvor Fn. 13

Das RG hingegen war zum gegenteiligen Ergebnis gekommen, da die Brunnenröhren nach seiner Ansicht nur der Herstellung und Sicherung des Bohrlochs dienten, so daß zwischen Brunnen und Erdboden keine feste Verbindung bestehe (16). Die unterschiedlichen Ergebnisse und Ansichten zeigen, wie stark die rechtliche Wertung von der technischen Beurteilung des Einzelfalles abhängt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1908 hat das RG auf eine mit Ketten und Seilen am Ufer befestigte Schiffsmühle die 6-monatige Gewährleistungsfrist angewandt (17) mit der Begründung, es sei keine feste Verbindung festzustellen. In Grenzfällen, in denen die einzelnen Rohre der Drainage lose verlegt werden, also keine feste Verbindung entsteht, wird vom RG eine Frist von 6 Monaten angenommen (18). In einem anderen Fall, in dem die Drainagerohre mit Mörtel zusammengefügt waren, hat das RG wegen der festen Verbindung jedoch die 5-Jahresfrist angewendet (19). In neuerer Zeit kam der BGH zum gleichen Ergebnis, indem er bei Gleisanlagen der Bundesbahn wegen der Befestigung durch Laschen und Stopfung mit Schotter (20) eine feste Verbindung annahm.

(16) RGZ 56, 41; so auch später RG WarnR
Erg.bd. 1909, 19

(17) RG JW 1908, 431

(18) RG WarnR wie zuvor

(19) RG wie in Fn. 16

(20) BGH MDR 72, 410

2. Noch problematischer als die Fälle der Herstellungsarbeiten sind die der Teil- und Instandsetzungsarbeiten. Die Subsumtion wird dadurch erschwert, daß sich diese Leistungen oft in verschiedenartige Elemente aufteilen lassen, die für sich gesehen sowohl Bauwerke als auch Arbeiten am Grundstück sein können. So kann bei Instandsetzung einer defekten Heizung die Reparatur als Bauwerk, die gleichzeitige Umstellung auf Ölfeuerung als Arbeit am Grundstück angesehen werden. Der BGH hat zu diesem Fall ausdrücklich hervorgehoben, daß für Bauleistungen eine einheitliche - im genannten Beispiel die 5-jährige - Gewährleistungsfrist gilt, soweit verschiedene Bauleistungen bei natürlicher Betrachtungsweise zusammengehören (22). Ebenfalls unter einer Gesamtbetrachtung wird die Lieferung selbst berechneter und hergestellter Betonteile als Bauwerksleistung gewertet, da diese Leistung für das gesamte Bauwerk wesentlich sei (23).

a) Unter Teilarbeiten an Neubauten sind Leistungen zu verstehen, die von den einzelnen Bauunternehmern als Beitrag für das Gesamtobjekt erbracht werden, also z.B. Malerarbeiten, Schreinerarbeiten, Verputzarbeiten, die elektrische und sanitäre Installation, der Einbau der Heizungsanlage, aber auch überwiegende Montagearbeiten wie etwa der Einbau einer Klimaanlage, eines Öltanks oder auch verschiedener Möbel. Diese baulichen Maßnahmen zählen nach hM zu den Bauwerksleistungen, wenn die Voraussetzungen des § 94 erfüllt sind, was in

(22) BGH BauR 73, 246(247)

(23) BGH NJW 68, 1087

zweifacher Hinsicht möglich ist. Nach § 94 Abs.1 ist einmal erforderlich, daß die jeweilige Leistung bzw. das verwendete Material mit dem Gebäude und dem Erdboden fest verbunden wird. So hat der BGH (24) bei der Verlegung von aufgeklebtem Teppichboden die einjährige Frist - über den Unterfall der 5-Jahresfrist brauchte nicht entschieden zu werden - angenommen, weil der Teppichboden mit dem Gebäude und dem Grundstück fest verbunden sei (25). Zum anderen genügt nach § 94 Abs.2, daß die verwendeten Materialien zur Herstellung des Gebäudes eingefügt werden. So hat das OLG Hamburg (26) bereits in zwei früheren Entscheidungen darauf hingewiesen, daß eine Zentralheizung im Neubau in städtischen Siedlungen notwendiger Bestandteil eines Wohnhauses gewesen sei. Der Einbau diene daher der Herstellung des Gebäudes nach § 94 Abs.2, so daß die 5-Jahresfrist gelte. Im gleichen Sinn hat das OLG Stuttgart (27) eine - sogar demontierbare - Entlüftungsanlage als wesentlichen Bestandteil für einen neu errichteten Hotelbetrieb angesehen und den Einbau dieser Anlage der 5-jährigen Frist unterzogen. Die neuere Rechtsprechung verlangt für einzelne Bauleistungen, daß die Arbeiten für die Erhaltung, den Bestand und die Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, und daß das Gebäude ohne diese Arbeiten noch nicht als

(24) BGH NJW 70, 942(943); in der Entscheidung NJW 70, 419 hatte der BGH bereits angenommen, daß die Verlegung eines Fußbodens in einer Fabrikhalle Arbeit beim Bauwerk ist.

(25) auch in RGZ 57, 377 wurde die Herstellung eines Daches im Zoo Berlin im Zuge eines Neubaues wegen der wesentlichen Bedeutung für die Konstruktion als Bauwerksleistung angesehen

(26) OLGZ 22, 310 und 36, 79

(27) NJW 58, 1685

vollständig anzusehen ist (28). Das OLG Hamm war im zitierten Fall der Auffassung, daß erst der Einbau einer Alarmanlage zur Vervollständigung eines Kaufhauses führe, obwohl dieses schon mehrere Jahre lang in Betrieb war. Demzufolge müßten Montagebetriebe, die ihre technischen Anlagen in der Regel vom Lieferanten beziehen, 5 Jahre Gewähr leisten, obwohl ihre eigenen Ansprüche gegen die Lieferanten bereits in 6 Monaten verjähren.

Noch weiter ist der Anwendungsbereich der 5-Jahresfrist durch die Entscheidung des BGH vom 12.10.1978 (28 a) geworden, wonach Arbeiten "bei Bauwerken" auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmer Gegenstände, die für ein bestimmtes Bauwerk verwendet werden sollen, von einem anderen Unternehmer zuvor bearbeiten läßt. Die Entscheidung, welche die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche eines Bauunternehmers gegen dessen Subunternehmer betrifft, stellt darauf ab, ob die vom Subunternehmer erbrachten Arbeiten für ein bestimmtes Bauwerk vorgesehen waren oder nur auf Vorrat erfolgten. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Subunternehmer Fensterprofile für ein bestimmtes Bauvorhaben eloxiert. Der BGH hat für diese Arbeit die 5-jährige Verjährungsfrist angenommen.

b) Auch bei den Instandsetzungsarbeiten verlangt die Rechtsprechung für eine Bauwerksleistung, daß sie für die Erneuerung und den Bestand des Gebäudes von

(28) OLG Hamm NJW 76, 1269; ebenso NJW 74, 136
zum nachträglichen Einbau einer Klimaanlage in
eine Druckerei

(28a) NJW 1979, 158

wesentlicher Bedeutung sind (29). Die nachträgliche Anbringung eines Schutzanstrichs, der Haarrisse im Putz überdecken und die Fassade schlagregenfest machen soll, hat der BGH daher als Bauwerksleistung angesehen, weil der Anstrich das Eindringen von Feuchtigkeit verhindere. Im Gegensatz dazu sind die reinen Anstricharbeiten nach Ansicht des BGH Grundstücksarbeiten. Auch die Reparatur eines Kirchendachs über eine Fläche von rund 120 qm hat der BGH (30) wegen der wesentlichen Bedeutung für das Gesamtgebäude als Bauwerksleistung angesehen.

c) Bei den Umbauarbeiten zieht die Rechtsprechung ebenfalls das Kriterium der Erhaltung oder Erneuerung des Gesamtobjekts heran. Bereits das RG (31) hat darauf abgestellt, ob die Umbauarbeiten für die Konstruktion von wesentlicher Bedeutung sind. Es hat dies bei der Verstärkung einer Eisenkonstruktion der Erd- und Kellergeschoßdecke bejaht. Der BGH betont in einem anderen Fall (32), in dem Baracken durch Einbau bzw. Veränderung elektrischer Anlagen in eine Hühnerfarm umgebaut wurden, daß die Arbeiten wegen der hauptsächlichen Übernahme vorhandener Leitungen nicht der Erhaltung oder Erneuerung dienen, so daß kein Bauwerk vorliege. Eine neuere Entscheidung

(29) BGH LM Nr.14 zu § 638 BGB

(30) BGHZ 19, 319

(31) RG WarnR 1913, 122

(32) BGH BauR 71, 128

des BGH (33) betrifft die Planung und Anfertigung von Legebatterien in zwei großen Hühnerställen mit einer Kapazität von 30.000 Tieren. Auch hier hat der BGH eine Bauwerksleistung angenommen, weil die Leistung für den Bestand oder die Erneuerung der Ställe von wesentlicher Bedeutung sei, und die Umstellung in die Substanz der Gebäude eingreife. Die Rechtsprechung prüft also bei der Anwendung des § 638 Abs.1 S.1 zunächst, ob eine Arbeit an beweglichen Sachen oder an Grundstücken vorliegt. Ist letzteres der Fall, so ist die Arbeit an den aufgezigten Voraussetzungen des § 94 Abs.1 und 2 zu messen.

Auch die in der VOB/B für die Gewährleistungsansprüche maßgebliche Vorschrift des § 13 Nr.4 S.1 stellt auf die Begriffe "Bauwerk" und "Arbeit am Grundstück" ab; es ist unbestritten, daß hier die gleichen Voraussetzungen wie in § 638 Abs.1 S.1 gelten (34). Die besonderen Fristen von zwei Jahren für die Holzerkrankungen und von einem Jahr für die unter Feuer stehenden Teile sind offensichtlich von praktisch geringer Bedeutung. Soweit ersichtlich sind höchst-richterliche Entscheidungen hierzu noch nicht ergangen. Die Übertragung der genannten Grundsätze auf den Ausgangsfall (35) führt zu folgendem Ergebnis:

1. Da die Verlegearbeit auf den Schiffen als bewegliches Werk iSv § 638 Abs.1 S.1 gilt, sind die Gewährleistungsansprüche im Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels bereits verjährt.

(33) BGH NJW 77, 2361; die neueste Entscheidung des BGH BB 78, 683 ordnet die nachträgliche Einrichtung einer Nachtstromspeicherheizung ebenfalls der 5-Jahresfrist zu

(34) vgl. Daub ErlZ 13.283 ff. mit Beispielen

(35) vgl. oben S. 4

2. Umgekehrt handelt es sich bei den Arbeiten in den Büroräumen um Bauwerksleistungen, so daß noch ein Gewährleistungszeitraum von über vier Jahren besteht (36).

Trotz der zum Teil widersprüchlichen Rechtsprechung hat die Literatur an den genannten Grundlinien und Einzelergebnissen kaum Kritik geübt.

Auf die Meinungen im einzelnen wird unten noch eingegangen werden.

(36) sollte der BGH das Verlegen eines Teppichbodens als Arbeit am Grundstück qualifizieren, was er in der Entscheidung NJW 70, 942 offen gelassen hat, so beträgt der Gewährleistungszeitraum immer noch einige Monate.

II. K a p i t e l : Kritik an der gesetzlichen Regelung

A. Grundsätzliche Bedeutung der Länge der Gewährleistungsfrist

1. Die Länge des werkvertraglichen Gewährleistungszeitraumes steht in einem Spannungsfeld zwischen den Interessen des Bestellers, möglichst für alle Mängel Gewährleistung zu erhalten, und denen des Unternehmers, nicht nur die wirtschaftliche Last der Gewährleistungshaftung gering zu halten, sondern auch in der finanziellen und investitorischen Dispositionsfreiheit unbeschränkt zu sein (1). Häufig kommt hinzu, daß während der Gewährleistungszeit Sicherungsbeträge einbehalten werden, wobei es je nach Vertragsgestaltung verschieden ist, ob der Einbehalt als Ausgleich zugunsten des Unternehmers verzinst wird. Neben diesen finanziellen Auswirkungen besteht für den Unternehmer das weitere Problem, daß er sich betriebsorganisatorisch auf Nachbesserungsansprüche einstellen muß, die oft nicht vorherzusehen und einzuplanen sind.

2. Neben dieser Reglementierung subjektiver Interessen durch die gesetzliche Bemessung des Gewährleistungszeitraumes soll der Eintritt der Verjährung auch objektiv Schwierigkeiten verhindern, die dadurch entstehen, daß bei der Geltendmachung von Gewährleistungsforderungen nicht oder oft nur schwer zu beweisen ist, ob tatsächlich ein kausaler Werkmangel vorgelegen hat.

(1) auch die Bau-Enquête 73 hält die pauschale Anwendung bzw. Vereinbarung der 5-jährigen Gewährleistungsfrist aus rechtspolitischen und betriebswirtschaftlich-preispolitischen Gründen dem Unternehmer nicht für zumutbar, vgl. aaO S. 55o

Nicht dagegen soll die Verjährungsfrist dem Besteller Zeit gewähren, zu entscheiden, ob er bestehende und erkannte Gewährleistungsansprüche überhaupt geltend machen will, da die Verjährungsfristen gerade einen Beschleunigungszweck verfolgen.

Bei der Überprüfung der bestehenden Gewährleistungsfristen müssen daher die genannten Ebenen stets berücksichtigt werden. Sie waren bei der Schaffung des BGB Grundlage der Regelung des § 638 Abs.1 S.1 (2).

Weiter muß beachtet werden, welcher Zeitraum zwischen Entdeckung des Mangels und wirksamer Geltendmachung der Mängelansprüche erfahrungsgemäß abläuft. Ein Vergleich zeigt, wie verschieden die Regelungen des BGE und der VOB/B sind. Genügt nach § 13 Nr.5 Abs.1 VOB/B die innerhalb von wenigen Stunden oder Tagen mögliche schriftliche Mängelrüge zur Unterbrechung der Verjährung, so muß der Bauherr nach §§ 639 Abs.1, 477 Abs.2 Beweissicherung beantragen oder nach § 209 Abs.1 - neben den Surrogaten des § 209 Abs.2 - Klage erheben, was naturgemäß eine wesentlich längere Zeit beansprucht und im Falle der Klageerhebung mit dem Risiko des § 270 Abs.3 ZPO verbunden ist. Erfolgt nämlich die Zustellung einer vor Fristablauf eingereichten Klage nach Fristablauf, so besteht für den Bauherrn die Gefahr, daß die Zustellung aus belanglosen Gründen nicht alsbald vorgenommen wird, und die Wirkung des § 270 Abs. 3 ZPO nicht eintritt.

B. Die einzelnen Ergebnisse der Rechtsprechung

In dem nun folgenden Teil soll im einzelnen untersucht werden, ob § 638 Abs.1 S.1, wie er von der Rechtsprechung angewendet wird, zu angemessenen Ergebnissen führt. Sollte dies nicht der Fall sein,

so wäre zu überlegen, ob die Bedürfnisse der Praxis nicht eine andere Auslegung des § 638 Abs.1 S.1 gebieten.

Bei der Untersuchung wird - wie bisher - unterschieden zwischen

- der Gesamterrichtung eines Bauvorhabens jeder Art
- den Teilarbeiten am Neuvorhaben
- den Reparatur - und Umbauarbeiten an fertigen Objekten.

1. Im Bereich der Gesamterrichtung hat sich gezeigt, daß nach der Auslegung des § 638 Abs.1 S.1 durch die Rechtsprechung in nahezu allen Fällen eine Frist von 5 Jahren gilt. Der BGH (2a) hat sogar die reinen Aushubarbeiten als Bauwerkleistung anerkannt. Zur Feststellung, ob die 5-Jahresfrist den praktischen Bedürfnissen entspricht, kann mangels weiterer Untersuchungen nur die bereits zitierte Forschungsarbeit von 1973 für NRW herangezogen werden.

a) Daraus wird ersichtlich, daß alle Schäden nach etwa 7 Jahren aufgetreten sind, während weitere Schäden auf Alterung oder äußerer Einwirkung beruhen(3). Innerhalb der Zeitspanne von 7 Jahren zeigt sich, daß bis zum Ablauf von zwei Jahren (vgl. § 13 Nr.4 VOB/B) von den insgesamt beobachteten 939 Schäden bereits 696 (also rund 74 %) aufgetreten waren (4). Bis zum Ablauf des 5. Jahres (vgl. § 638 Abs.1 S.1) war dieser Prozentsatz bei 905 entdeckten Schäden auf über 96 % gestiegen. Im Falle der Gewährleistung nach BGB ist daher schon im Hinblick auf das Interesse des Bestellers eine 5-jährige Frist als genügend anzusehen. Das gilt auch dann, wenn man den erst nach der Entdeckung des Mangels beginnenden Zeitraum zur Einreichung einer

(2a) BGHZ 68, 208 = NJW 77, 1146

(3) vgl. die oben S.1 Fn.2 zitierte Untersuchung aaO S. 68

(4) Untersuchung S. 61 Tab.13; mit gleicher Aussage Anderson BauR 70, 144, Korbion DB 74, 79

Klage oder Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens abzieht. Demgegenüber muß für die zweijährige Frist des § 13 Nr.4 VOB/B beachtet werden, daß die Wahrnehmung der Rechte durch schriftliche Mängelrüge schneller möglich ist, und der Bauherr durch die einfache Mängelrüge eine Fristverdopplung erreichen kann, so daß sich die Fristen des BGB und der VOB/B im Ergebnis bis auf ein Jahr nähern. Allerdings muß auch bei der VOB/B und ihrer Fristverdopplung nach § 13 Nr.5 der Mangel erst einmal entdeckt sein, so daß für den Bauherrn immer noch ein Unterschied von drei Jahren zwischen beiden Systemen besteht. Ausserdem verlangen Rechtsprechung und Literatur, daß die Mängelrüge des Bestellers so genau gehalten ist, daß der Unternehmer genau weiß, was der Besteller bzw. Bauherr beanstandet (5). Durch einfache Pauschalrüge kann der Bauherr eine Fristverdopplung nicht erreichen.

Aus der Sicht des Bauherrn besteht daher im Falle der Gesamterrichtung keine Veranlassung, die bestehende Auslegung zu kritisieren; jedenfalls nicht, soweit es sich um konventionellen Hochbau handelt. Aus der Sicht des Unternehmers erscheint es jedoch als problematisch, daß die 5-jährige Gewährleistungsfrist für alle, auch einfache und primitive Leistungen wie z.B. den Einbau von Türen und Fenstern gilt. Dieses Problem wird noch eingehend auf den S. 85 ff.,¹²¹ behandelt.

b) Bei Bauvorhaben besonderer Art hat sich in den bereits im I. Kapitel genannten Entscheidungen gezeigt, welche Ergebnisse die Rechtsprechung bei Anwendung des § 94 BGB akzeptieren muß ; so etwa im Makamdeckenfall, im Rohrbrunnenfall u.a. .

Interessant ist, von welchen Vorstellungen die zur Ausarbeitung der Entwürfe zum BGB eingesetzten Kommissionen bei Festlegung der Fristen des heutigen § 638 ausgegangen sind. Danach wurden die 6-Monatsfrist - wie auch bei § 477 - systematisch als Regelfall, die ein- und 5-jährige Frist als Sonderfall betrachtet, wobei im Vordergrund die Erwägung stand, daß Mängel an Grundstücken und Bauwerken erst später sichtbar werden. Ähnliche Überlegungen haben die Rechtsprechung (6) und Literatur (7) angestellt. Vor allem unter diesem Gesichtspunkt muß der Bauwerksbegriff verstanden und die Frage gestellt werden, welche Objekte den Schutz der 5-jährigen Gewährleistung benötigen.

Bei der Auslegung der Vorschrift übersieht die Rechtsprechung, daß die Norm des § 94 im vorliegenden Zusammenhang nicht angewandt werden kann, da sie einen völlig anderen Zweck verfolgt (8), nämlich die Verhinderung des Entstehens von Sonderrechten (§ 94 Abs.1) und die Förderung der Rechtssicherheit (§ 94 Abs.2). Die Vorschrift soll verhindern, daß an einzelnen Stockwerken und an Naturbäumen selbständiges Eigentum entsteht (9). Nach den Motiven soll vermieden werden, daß Bestandteile, die wegen des wirtschaftlichen Zweckes ihren Wert nur im Verbund mit einer übergeordneten Sache bilden, dieser übergeordneten Sache entzogen werden, und dadurch eine Wertminderung eintritt (10). So scheitert die Anwendung des § 94 im vorliegenden Zusammenhang auch daran, daß diese heute im Allgemeinen Teil des BGB enthaltene Vorschrift

(6) Mot.II S. 488 f. ; RGZ 57 , 379; BGHZ 19, 323

(7) Herding-Schmalzl S. 354; Rietschel Anm. zu
LM Nr.2 zu § 638 BGB

(8) so auch v.Craushaar S. 995

(9) Prot. III S. 3283

(10) Mot. III S. 41

früher ihren Platz im Sachenrecht als § 783 hatte. Dies entsprach dem tatsächlichen Zwecke der Vorschrift.

Für die Verlegung aus dem Dritten Buch in den Allgemeinen Teil hat die zuständige Kommission keine Begründung angegeben. Die Protokolle (11) enthalten lediglich die nicht näher begründete Anregung, die Vorschrift in den Allgemeinen Teil zu verlegen. Demzufolge muß die Vorschrift auch heute noch als reine sachenrechtliche Norm angesehen werden, für die die Klammerwirkung des Allgemeinen Teil nicht gilt.

Schließlich ist aus den Motiven zu folgern, daß § 94 gerade auf das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte anzuwenden ist (12). Eine Anwendung auf § 638, also im Bereich der obligatorischen Gewährleistung, muß daher abgelehnt werden.

Zu überlegen ist allerdings, ob nicht das vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung zitierte Risiko der späten Entdeckbarkeit auf der Verbindung der Bauleistung mit dem Grundstück beruht. Dieses spezielle Risiko ergibt sich jedoch nicht aus der Verbindung, sondern aus der Tatsache, daß einerseits Bauleistungen für eine längere Lebensdauer konzipiert sind, und Mängel erst später auftreten können (13), andererseits Witterungseinflüsse wie Frost und Hagel o.ä. mit ihren Folgen erst nach längerer Zeit zu übersehen sind. Ein weiterer Risikofaktor folgt aus der Komplexität des jeweiligen Vorhabens. Inwieweit

(11) Prot. III S. 3277

(12) Mot. III S. 41 a.E.

(13) vgl. die oben S. 18 zitierten statistischen Ergebnisse

diese Faktoren im einzelnen von Bedeutung sind, wird unten noch näher darzulegen sein. Es ist aber schon hier darauf hinzuweisen, daß schwebende oder auf dem Wasser schwimmende Häuser oder sonstige Vorhaben - die technische Möglichkeit unterstellt - kein geringeres Risiko in sich bergen als konventionelle Bauprodukte. Die zwar technisch übliche Verbindung der baulichen Leistung oder ihres Bezugsobjektes mit dem Erdboden ist für das Späterkennbarkeitsrisiko jedenfalls nicht ausschlaggebend.

Zwar erfaßt der Begriff Bauwerk iSv § 638 entsprechend dem normalen Sprachgebrauch Produkte, die u.a. auf oder im Boden befestigt sind. Der Kontakt zur Erde ist jedoch nur eine Folge der Schwerkraft, wie die teilweise Versenkung eines Bauwerks im Erdreich nur zur Feuchtigkeits- und Wärmeisolierung oder aus Raumgründen geschieht. Auf keinen Fall entsteht aber durch diesen Kontakt zum Erdboden ein spezielles Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln. Insofern ist der Begriff Bauwerk des § 638 Abs.1 S.1 wesentlich anders zu verstehen als der des § 648, wo tatsächlich der Kontakt zum Erdreich ein sinnvolles Kriterium darstellt, wie die Materialien zeigen (14). Die dem Grundeigentümer durch die feste Verbindung entstehende Wertsteigerung verlangt eine Sicherung des Bauunternehmers und Architekten durch die nach § 648 mögliche Sicherungshypothek. Hier kommt es entscheidend auf die Verbindung an. So zeigt eine Entscheidung des OLG Celle (15), in der Baureinigungsarbeiten als Bauwerksleistungen iSv § 648 bewertet werden, daß die §§ 638 und 648 verschiedene Ziele verfolgen. Denn bloße Reinigungsarbeiten können nicht Bauwerksleistungen iSv § 638 sein. Bei der Subsumtion einer Werkleistung

(14) Prot. II S. 2238

(15) BauR 76, 365

unter die Alternativen des § 638 Abs.1 S.1 sollte daher auf die Anwendung des § 94 verzichtet werden. Ein Beweis dafür, daß die dogmatisch unrichtige Auslegung der Rechtsprechung auch zu unrichtigen Ergebnissen führt, bietet der bereits erwähnte Schiffsmühlenfall des RG (RG JW 1908, 431). Das Reichsgericht hat hier im Hinblick auf die Beweglichkeit der Schiffsmühle eine 6-monatige Gewährleistungsfrist angenommen. Wäre die gleiche Mühle auf dem Land errichtet worden, so hätte das Reichsgericht die 10-fache Frist von 5 Jahren anwenden müssen. Leider läßt die Veröffentlichung der Entscheidung nicht erkennen, welche Teile der Schiffsmühle mangelhaft waren. Betraf der Mangel Teile, die bei einer Landmühle ebenfalls vorhanden sind, würde besonders deutlich, daß es falsch ist, auf den Gesichtspunkt der Beweglichkeit abzustellen. Interessant wäre zu erfahren, wie der BGH den Gewährleistungszeitraum bei jener 1968/69 erbauten Düsseldorfer Rheinbrücke bemessen hätte, die von vornherein auf eine spätere Verschiebung, also auf Beweglichkeit angelegt war. Hier wird offensichtlich, daß es für die Frage der Verjährungsfristen nicht auf den Gesichtspunkt der Beweglichkeit ankommen kann.

2. Aus dem bereits unter 1. Gesagten folgt zugleich, daß auch für den Bereich der Teilarbeiten am Neubau auf die Anwendung des § 94 verzichtet werden muß. Denn auch hier ist nicht ersichtlich, daß Mängel nur deshalb später auftreten, weil diese Arbeiten von wesentlicher Bedeutung für das Gesamtvorhaben sind, oder weil eine feste Verbindung zwischen den verarbeiteten Materialien und dem Grundstück hergestellt wird.

Das zeigt sich insbesondere bei den Montage- und Einbauarbeiten technischer Geräte. Weil das Klimagerät in der Entscheidung des BGH (16) für eine Druckerei vorgesehen und eingebaut war, nahm das Gericht eine 5-jährige Frist an. Wäre dasselbe Gerät in ein Wohnhaus, einen LKW oder gar ein Schiff eingebaut worden, so hätte der BGH die 6-monatige oder Jahresfrist bejaht. Das Beispiel zeigt, wie unsinnig es ist, auf § 94 und nicht auf das Risiko der Späterkennbarkeit abzustellen. Das gleiche gilt für den in der Einleitung behandelten Vergleichsfall einer Fußbodenverlegung in Schiffen und Büroräumen einer Reederei.

Allerdings muß bei Teilleistungen im Baubereich für Gesamtvorhaben eine Besonderheit berücksichtigt werden, die wohl die Rechtsprechung veranlaßt hat, nach gerechten Resultaten zu suchen. Mängel einer Teilleistung entstehen und zeigen sich bei einem größeren Vorhaben oft erst dann, wenn darauf aufbauende Leistungen anderer Unternehmer erbracht sind, oder gar erst, wenn das Vorhaben nach Fertigstellung in Betrieb genommen ist. Liegt so z.B. bei der Abwasserinstallation eine undichte Rohrverbindung vor, so wird sich dieser Mangel trotz seiner ursprünglichsten Existenz erst nach Bezug - oder sogar erst Monate danach - feststellen lassen. Die maßgebende 6-monatige Verjährungsfrist wäre dann in aller Regel abgelaufen. Denn die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme der Teilleistung, ungeachtet des Stadiums, in dem sich die Gesamterrichtung befindet. Wenn auch die häufige Geltung der 5-Jahresfrist durch die Anwendung des § 94 zum Schutz des Bauherrn zu begrüßen ist, so müssen doch vertretbarere Ergebnisse differenzierter über die Bestimmung des Abnahmebegriffs oder des Fristbeginns gesucht werden. Umgekehrt muß

bei Einbauarbeiten gerade zum Schutz des Unternehmers berücksichtigt werden, daß die Gewährleistungsansprüche selten auf Mängel der Montage, oft aber auf Mängel der technischen Geräte zurückgehen, die der Unternehmer von seinem Lieferanten bezogen hat. Dabei ist im maßgeblichen Zeitpunkt die für das Kaufvertragsverhältnis geltende kurze Frist des § 477 meist abgelaufen. Dieses Problem wird auch dadurch nicht reduziert, daß der Unternehmer die Geräte gemäß § 377 HGB unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen muß und Gewährleistungsansprüche innerhalb der Frist des § 477 geltend machen könnte. Denn an Geräten können sich die meisten Mängel erst bei Inbetriebnahme zeigen. Eine vorherige Funktionsprüfung ist technisch schwierig und dem Unternehmer nicht zuzumuten. Gerade im Bereich der Teilleistungen wird somit deutlich, daß die Kriterien der Rechtsprechung nicht nur dogmatisch unrichtig sind, sondern auch zu sachwidrigen Resultaten führen. Hinzu kommt, daß in vielen Fällen nicht eindeutig feststeht, ob eine Sache tatsächlich mit einem Bauwerk bzw. dessen Grund und Boden fest verbunden ist. So können Klimageräte, Heizkörper, Lüftungsanlagen u.a. im Normalfall ohne Substanzbeeinträchtigung durch einfaches Abschrauben entfernt werden. Die Gerichte sehen offensichtlich dieses Problem und fordern neuerdings (17) nur noch eine enge und dauerhafte Verbindung. Die bisherige Rechtsprechung hat einen ungünstigen Nebeneffekt. Gilt nämlich bei einer festen und dauerhaften Verbindung statt der 6-monatigen oder einjährigen

(17) OLG Hamm NJW 76, 1269, BGH NJW 74, 136 f.

eine 5-Jahresfrist, so wird jeder Unternehmer bestrebt sein, seine Apparaturen und Anlagen möglichst einfach lösbar und daher anfällig zu montieren. Dieses Bedenken trifft allerdings nicht zu, wo im Neubau die jeweilige Leistung über § 94 Abs.2 wesentlicher Bestandteil wird. Eine Badewanne kann z.B. freistehend angeschlossen, sie kann auch fest unter Verwendung von Kacheln, die nur unter Substanzbeeinträchtigung lösbar sind, eingebaut werden. Völlig befreit hat sich der BGH von dem Erfordernis einer festen und dauerhaften Verbindung in seiner Entscheidung vom 18.03.1968 (18) über vorgefertigte und eigens berechnete Betonfertigteile, wo der Unternehmer weder Einbau noch Herstellung einer sonstigen Verbindung, sondern allein die Anlieferung schuldete. Noch unklarer wird die Situation bei den am Bau erbrachten geistigen Arbeiten - eine Verbindung kommt hier schon begrifflich nicht in Betracht - und bei den Aushubarbeiten (19). War dem BGH bereits bei den Architekten- und Ingenieurarbeiten zum Teil im Ergebnis, wenn auch nicht dogmatisch zu folgen, so ist die Aushubentscheidung in jedem Fall abzulehnen. Geistige Leistungen und Aushubarbeiten sind nicht vergleichbar. Indem der BGH darauf abstellt, daß die Ordnungsgemäßheit des Aushubs für die mangelfreie Errichtung des Gesamtvorhabens eine wichtige Voraussetzung ist, zieht er anstatt der bisher dem § 94 entnommenen Gesichtspunkte ein neues Kriterium heran. Die Begründung, wonach es auf die Bedeutung der Einzelleistung für die Mangelfreiheit des Gesamtvorhabens ankommen soll, überzeugt nicht. Was soll in dem Fall gelten, daß der Bauherr ohne konkrete Pläne nur eine

(18) BGH NJW 68, 1087

(19) BGH NJW 77, 1146 = BGHZ 68, 208; die ähnlich ansetzende Kritik v. Craushaars S. 993 ff. wird im einzelnen unten S. 35 dargestellt

Baugrube ausheben lassen will ? Hier kommt dem Aushub keine "Anschlußbedeutung" zu, der BGH müßte danach die einjährige Frist anwenden. Gerade hier wäre aber der Bauherr - folgt man den Überlegungen des BGH - zu schützen. Denn erst bei Durchführung des geplanten Vorhabens, nicht aber unmittelbar nach dem Aushub kann der Bauherr die Mangelfreiheit des Aushubs entdecken. Es muß auch hier die bereits zuvor erhobene Kritik gelten, wonach dieses Problem nicht über einen starren und pauschalen Fristaustausch, sondern nur über eine individuelle Regelung im Bereich der Abnahme bzw. des Fristbeginns gelöst werden kann.

Auch der Hinweis des BGH in der Aushubentscheidung auf § 9 Abs.1 GOA geht fehl (20). Es ist zwar zutreffend, daß § 9 Abs.1 GOA die Erdarbeiten als Rohbauarbeiten behandelt, diese Einordnung hat jedoch schon nach dem Wortlaut und der Funktion der GOA ausschließlich Bedeutung für das Gebührenrecht der Architekten (21). Denn der Inhalt der Rohbauarbeiten ist für die Ermittlung des Ausbauverhältnisses nach § 8 Abs.2 GOA von Bedeutung, während weder § 638, noch die Materialien, noch der BGH irgendeinen Bezug zum Begriff der Rohbauarbeiten aufstellen. Umgekehrt wären nämlich sonst alle in § 9 Abs.1 GOA enthaltenen Arbeiten als Bauwerke der 5-jährigen Frist, und die in § 9 Abs.2 GOA genannten Arbeiten der einjährigen Frist zuzuordnen, was der BGH nie angedeutet hat. Dem § 9 GOA sind also keine Hinweise für den Bauwerksbegriff und die Einordnung der Aushubarbeiten zu entnehmen,

(20) BGHZ 68, 208 = NJW 77, 1147

(21) eine Berücksichtigung und Aufgliederung der Rohbauarbeiten enthält die nunmehr maßgebliche HOAI 1977 nicht mehr

zumal die GOA in § 9 nicht berücksichtigen kann und darf, ob ein Späterkennbarkeitsrisiko besteht. Wie unangebracht das Kriterium "der Bedeutung für das Gesamtvorhaben" beim Aushub ist, zeigt sich auch etwa dann, wenn der Aushub für Kabelarbeiten oder eine Parkanlage gedacht ist. Während der falsche Standort eines Hauses spätestens dann aufgedeckt wird, wenn die Abstandsflächen bzw. Grenzabstände nach öffentlichem Baurecht überprüft werden, kann es bei Kabelarbeiten vorkommen, daß die örtlich falsche Verlegung nach vielen Jahren erst entdeckt wird, wenn Arbeiter bei einem benachbarten Aushub auf einen nicht erwarteten Kabelstrang stoßen. Die geschilderte Rechtsprechung läßt erkennen, daß die Gerichte die Verjährung statt mit der Abnahme lieber zu einem Zeitpunkt beginnen lassen würden, in dem Mängel abstrakt zu erkennen sind. Da dem jedoch § 638 Abs.1 S.2 entgegensteht, nimmt die Rechtsprechung zu einer längeren Verjährungsfrist Zuflucht.

3. Für die Reparatur- bzw. Umbauarbeiten gilt das zu 1. und 2. Gesagte ebenfalls. Zwar liegt in dem Erfordernis, daß die Leistung für Konstruktion, Bestand oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sein muß, und die eingebauten Teile mit dem Grundstück fest verbunden sein müssen, der praktisch vernünftige Gedanke zugrunde, daß baulich wichtige Arbeiten einen besonderen Schutz genießen müssen. Das Erfordernis der festen Verbindung ist aber auch hier ebensowenig angebracht wie in den oben behandelten Bereichen. Wenn etwa die im Druckereigebäude eingebaute Klimaanlage repariert wird, so ist

es für das wirtschaftliche Ergebnis dieser Reparatur völlig unerheblich, ob die Anlage fest eingebaut oder nur angeschraubt ist. Abgesehen davon ergeben sich, folgt man der Rechtsprechung, unvertretbare Ergebnisse. Das wird u.a. deutlich in der Entscheidung des BGH vom 21.12.1955 (22) . Hier hatte der BGH für die Erneuerung eines Kirchendaches die 5-jährige Frist angewendet mit der Begründung, die umfangreichen Dacharbeiten seien für den Erhalt des Kirchenschiffs von wesentlicher Bedeutung gewesen. Der eigentliche Grund für die Anwendung der langen Frist war aber, worauf der BGH hinweist, die Gefahr der späten Entdeckbarkeit von Mängeln. Wäre in dem besprochenen Fall nur eine geringe Fläche von vielleicht 4 qm zu bearbeiten gewesen, so hätte der BGH nur die einjährige Frist angenommen, obwohl sich Mängel an einer kleineren Fläche nicht eher als an einer größeren zeigen. Ausgehend von dem Späterkennbarkeitsrisiko muß die Methode der Rechtsprechung beanstandet werden, die Fristen mit dem Kriterium der Erheblichkeit entsprechend der Quantität der erbrachten Leistung zu bestimmen. In der neuen Legebatterien-Entscheidung (23) wird zusätzlich deutlich, wie schwer die wesentliche Bestandteileigenschaft zu definieren ist. Der BGH hat sie in dem zitierten Urteil bejaht, ohne jedoch im einzelnen anzugeben, worin denn nun diese wesentliche Bedeutung liege, und inwieweit in die Substanz der Gebäude beim Umbau tatsächlich eingegriffen wurde.

(22) BGHZ 19, 319

(23) BGH NJW 77, 2361

Die Interpretation der Bauwerksleistungen durch die Rechtsprechung führt nicht nur zu den genannten Widersprüchen sondern auch zur Anwendung von Fristen, die im Vergleich zur kaufrechtlichen Regelung unangemessen sind. Nach § 477 Abs.1 hat der Käufer eines Grundstücks einen Schutz von einem Jahr. Dies genügt nicht in den Fällen, in denen der Käufer ein kurz zuvor bebautes Grundstück erwirbt. Im weiteren wird daher zu prüfen sein, ob nicht auch § 477 im Hinblick auf das Späterkennbarkeitsrisiko zu ändern ist.

III. K a p i t e l : Die Literatur

A. Frühere Literaturmeinungen

Bis in die neuere Zeit ist die im wesentlichen konstante Rechtsprechung von der Literatur in keiner Weise kritisiert worden, die einschlägigen Kommentare zu § 638 (1) und § 13 Nr.4 VOB/B (2) geben lediglich den Stand der Rechtsprechung wieder. Allerdings haben zu verschiedenen Einzelfragen - z.T. auch nicht-juristische - Theoretiker und Praktiker bereits zu Anfang dieses Jahrhunderts kritische Gedanken geäußert.

1. Riezler hatte 1900 (3) die damals schon bekannte und heute fast unumstößliche Systematik innerhalb der Bezugsobjekte des § 638 Abs.1 S.1 angegriffen, indem er behauptete, Bauwerke seien auch unabhängig von einem Grundstück möglich. Wenn auch diese Bemerkung nur als Fußnote und innerhalb der Erörterung des § 648 fällt, so zeigt sie doch, daß bereits früher die Anwendung des § 94 und das Erfordernis einer festen Verbindung bei Reparatur- und Teilarbeiten nicht als zwingend angesehen wurden.

2. Die heutige Systematik geht sicherlich auf Oertmann(4) zurück, der die Bauwerksleistungen als einen Teil der begrifflich weiteren Arbeiten am Grundstück ansah. Auch findet sich bei ihm (5) schon die heute

- (1) Palandt § 638 Anm. 2 ; Erman § 638 Rn. 12 f. ;
Staudinger § 638 Rn. 13 ; Soergel § 638 Rn. 7 ff.
- (2) Daub ErlZ 13.283 - 298
- (3) ArchfBürgR 38, 156 Fn. 5
- (4) S. 171 f.
- (5) S. 173

anerkannte Meinung, daß auch Tiefbauten dem Begriff "Bauwerk" angehören können. Für den Bereich untergeordneter Bauteile vertrat Oertmann die Auffassung (6), daß etwa Markisen, eingehängte Doppelfenster, Fahnenstangen und Baumstützen über § 93 ff. als wesentliche Bestandteile des Grundstücks und zugleich des Gebäudes der einjährigen Gewährleistungsfrist unterliegen, da die für den Bestandteilsbegriff notwendige feste Verbindung fehle.

Umgekehrt soll für den Bauwerksbegriff nicht notwendig sein, daß die Leistung des Unternehmers wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, wobei Oertmann auf die Ausnahmefälle des § 95 hinweist (7). Bauwerk setzt danach nicht die wesentliche Bestandteilseigenschaft, sondern lediglich eine feste Verbindung voraus. Hinsichtlich der Unbeweglichkeit betont Oertmann, daß eine feste Verbindung zumindest einmal entstanden sein muß (8), und daß umgekehrt eine Ortsveränderung zwar nach der jeweiligen Zweckbestimmung möglich sein darf, jedoch ungewöhnlich sein muß, so daß das endgültig gestrandete Schiff oder der stationierte Eisenbahnwaggon als Bauwerk zu bezeichnen sein sollen (9). Im Gegensatz zur früher ständigen, heute aufgelockerten Rechtsprechung hält Oertmann für den Bauwerksbegriff die Einfügung von Materialien nicht unbedingt für erforderlich (10). Weshalb dann aber überhaupt noch die Anwendung der §§ 93, 94 möglich und erforderlich sein soll, erscheint nicht klar. Die Auffassung Oertmanns steht hier in unmittelbarer Nähe zur

(6) S. 172

(7) S. 185

(8) S. 180

(9) S. 177, 178

(10) S. 190

Rechtsprechung des BGH zu den geistigen Arbeiten und den Aushubarbeiten.

3. Ähnlich will heute Johlen (11) auf das Erfordernis der Verwendung von Materialien für den Bauwerksbegriff verzichten, indem er die Aushubarbeiten der 5-jährigen Verjährungsfrist zuordnet. Die Rechtsprechung hat ihm zwischenzeitlich Recht gegeben, die oben geäußerte Kritik muß daher auch hier gelten. Johlen (12) will die Vermessung und den Aushub als Bauwerksleistung akzeptieren, weil es sich um notwendige und wertsteigernde Maßnahmen handeln soll. Dagegen muß vorgebracht werden, daß im Grunde jede Bauleistung notwendig und wertsteigernd ist, daß Bauwerke auch ohne Aushub entstehen können, daß aber nicht alle Bauleistungen das Risiko der Späterkennbarkeit in sich bergen.

4. Eine undifferenzierte Auffassung vertreten Goldmann/Lilienthal (13), wonach die 5-jährige Frist nur für die Gesamterstellung eines Neubaus oder Umbaus gelten sollte, während einzeln vergebene Leistungen auf jeden Fall der einjährigen Frist unterliegen. Wenn auch diese Auffassung in ihrer Einfachheit und der daraus resultierenden Praktikabilität Vorteile bietet, so kann sie doch im weiteren keine Berücksichtigung finden, da ihre Verfasser keine dogmatische Begründung anführen und so wohl auch nicht die speziellen Gegebenheiten der bauvertraglichen Gewährleistungen beachten.

5. Bereits vor dem I. Weltkrieg wurde der Bauwerksbegriff auch von nichtjuristischer Seite diskutiert. Bernhard (14), ausgehend von der technisch belegten Behauptung, alle Sachen seien zerlegbar und somit be-

(11) NJW 74, 733

(12) ebenda

(13) S. 652 Fn. 41

(14) Technik und Wirtschaft 1911 S. 398 ff.

weglich, verstand unter einem Bauwerk "ein in Verbindung mit dem Erdboden errichtetes Gebilde widerstandsfähiger Körper, welches sowohl in seinen einzelnen Teilen, als auch im Ganzen den Angriffen der Gebrauchs- und Naturkräfte gewachsen ist und als Ganzes nicht beweglich ist" (15). Danach sollen zu den Bauwerken ein fest verankertes Wohnschiff, Brunnen und Leitungen jeder Art, eine Hubbrücke, nicht aber ein Aufzug oder eine kleinere Brücke, die auf eine Eisenbahn verladen werden kann, zählen (16). Entscheidend soll nach Bernhard sein, ob das Objekt als Aufenthalt und Weg für ruhende und bewegliche Sachen dient, um Bauwerk zu sein (17). In seiner Erwiderung dazu stellt Dieterich (18) zunächst fest, daß es entgegen Bernhard doch unbewegliche Gebilde gibt, soweit man von der Tatsache absehe, daß alles im Universum in Bewegung ist. Im einzelnen will Dieterich für den Bauwerksbegriff auf die konkrete Zweckbestimmung abstellen und definiert ein Bauwerk als "mechanisches Erzeugnis, das sich ,solange es seinem vorbestimmten Zwecke dient, in unmittelbarer, inniger Verbindung mit dem Erdboden befindet und als Ganzes nicht beweglich ist" (19). So sind der auf einem Schwimmkörper gelagerte Landungssteg und alle Arten von Brücken, egal ob beweglich oder unbeweglich, Bauwerke, da diese Objekte ihre Zweckbestimmung immer nur dann erfüllen, solange sie als Ganzes mit dem Erdboden verbunden sind.

Die beiden hier nur knapp wiedergegebenen Meinungen sollen zeigen, daß der von der Rechtsprechung und Literatur verwandte Begriff der Unbeweglichkeit nicht

(15) S. 405

(16) S. 403 f.

(17) S. 405

(18) Technik und Wirtschaft 1912 S. 37 ff.

(19) S. 40

unangefochten ist, sondern durchaus in anderem Licht und mit anderen Konsequenzen gesehen werden kann, woraus die Verwendbarkeit dieses Begriffes als Abgrenzungskriterium in Frage gestellt wird. Darüber hinaus können diese beiden Meinungen nicht helfen, da die Verfasser den Bauwerksbegriff ausschließlich aus technischer Sicht innerhalb eines mechanischen Vokabulars sehen, ohne Berücksichtigung des juristischen Systems, in dem die Vorschrift des § 638 Abs.1 S.1 steht, und der vom Gesetzgeber aufgegebenen Ziele dieser Norm.

Im Hinblick auf die Geltung der VOB/B ist v. Hippel (20) der Meinung, daß dem Bauherrn nur die 5-jährige Frist genügend Schutz bietet, und die Verkürzung in § 13 Nr.4 VOB/B auf zwei Jahre unzulässig ist.

B. Die Lehre v. Craushaars

Neben den o.g. Literaturmeinungen, die sich alle im wesentlichen auf Einzelfragen beschränken, hatte bislang eine grundlegende, das Gesamtsystem betreffende Kritik nicht stattgefunden. Erst seit v. Craushaar (21) in neuerer Zeit erhebliche Einwände gegen die Grundzüge der herrschenden Meinung, insbesondere die Anwendung des § 94 BGB erhoben hat, ist eine Diskussion grundsätzlicher Art entstanden, deren Entwicklung in den Entscheidungen des OLG Hamm (22) und des BGH (23) zu sehen ist. V. Craushaar vertritt im

(20) der übrigens die VOB fälschlicherweise als von der Bauwirtschaft geschaffene Allgemeine Geschäftsbedingungen bezeichnet, vgl. NJW 70, 1835 f.

(21) NJW 75, 993 ff.

(22) vgl. NJW 76, 1269

(23) vgl. NJW 77, 1146 und 2361

Ergebnis die Auffassung, daß der 5-jährigen Gewährleistungsfrist folgende Leistungen bzw. Leistungsteile zuzuordnen sind:

1. Die zur Herstellung eines Gebäudes vorgenommenen typischen Arbeiten von Bauhandwerkern, durch welche Material oder Geräte in das Gebäude eingebaut, d.h. eng und auf Dauer mit diesem verbunden werden, mit Ausnahme rein einrichtungsähnlicher Maßnahmen.
2. Umbau- und Erweiterungsarbeiten größeren Umfangs sowie Leistungen der Architekten und Sonderfachleute.
3. Andere atypische Arbeiten von Bauhandwerkern nur insoweit, als bei ihnen im Einzelfall das bauspezifische Risiko der nutzungsbedingten Späterkennbarkeit von Mängeln besteht.

Auch bei späteren Arbeiten, insbesondere Instandsetzungsarbeiten an einem fertigen Gebäude unterscheidet v. Craushaar, ob es sich um typische Bauarbeiten mit der Folge der 5-jährigen Frist handelt. Da bei nicht typischen späteren Arbeiten das bauspezifische Späterkennbarkeitsrisiko im allgemeinen fehle, liege keine Bauwerksleistung vor.

Im Bereich der Arbeiten, die nicht an einem Gebäude sondern lediglich auf einem Grundstück vorgenommen werden, wie etwa Gleisarbeiten, die Verlegung der vom BGH behandelten Makamdecke, die Anlegung einer losen Drainage o.ä. will v. Craushaar (24) eine Bauwerksleistung in den Fällen annehmen, in denen Ähnlichkeit zu Gebäuden besteht, wie bei Brücken, Monumenten u.a., andernfalls nur insoweit, als Material mit dem Boden eng und auf Dauer verbunden und hierdurch das Risiko der bauspezifischen Späterkennbarkeit begründet wird.

Entscheidendes Element dieser Auffassung ist das erstmals konkret in die Auslegung einbezogene Kriterium der Späterkennbarkeit von Mängeln, das v. Craushaar kurz das sog. "bauspezifische Risiko" nennt. Er kann sich dabei auf die Motive II, 489 beziehen (25), die dieses Kriterium als Begründung für die 5-jährige Frist benennen. Wenn v. Craushaar zunächst meint, die in den Motiven zitierte Gefahr des Gebäudeeinsturzes sei dort lediglich im Zusammenhang mit der Beweisfrage des Verschuldens des Bauunternehmers, genauer der Frage einer Verschuldensvermutung erörtert (26), so ist hier eine andere Auslegung geboten. Es wird unten (27) im historischen Teil gezeigt, auf welche partikularrechtlichen Vorschriften die Regelung des § 638 Abs.1 S.1 mit ihren Fristen zurückgeht, und welcher Regelungsbereich diesen Vorschriften zugrunde lag, nämlich die Fälle des totalen oder zumindest teilweisen Einsturzes. Des weiteren ist der v.Craushaar zitierten Stelle (28) zu entnehmen, daß der Gesetzgeber, bzw. die I. Kommission eben gerade nur Einstürze erörtert und gesehen hat (29). Die Frage der Verschuldensvermutung ist in jenem Abschnitt der Motive dann lediglich als nebensächliche Konsequenz, nicht aber als Hauptfrage, unter der der gesamte Begründungssatz steht, zu verstehen, zumal die Ausführungen unter dem Abschnitt mit der Überschrift "Verjährung" erfolgen. Erst in den weiteren Sätzen wird dann die Frage der Verschuldensvermutung konkret angesprochen (30). Welche Konsequenzen diese Tatsache

(25) S. 995 Fn. 40

(26) S. 999

(27) S.72 ff

(28) S. 999 zu Fn. 65 = Mot. II S. 439

(29) vgl. auch Heiermann BB 74, 961 a.E.

(30) diese Auffassung vertritt auch die Bau-
Enquête 73 S. 550

verlangt, wird unten noch gezeigt werden (31).

V.Craushaar gliedert das bauspezifische Risiko in drei Gruppen (32) :

1. Die Späterkennbarkeit von Mängeln wegen der Verdeckung der Leistung, insbesondere durch nachfolgende Arbeiten anderer Unternehmer wie etwa die insoweit verdeckenden Arbeiten der Gipser über den Installations- und Elektrikerarbeiten o.ä.
2. Die klima- und witterungsbedingte Späterkennbarkeit in den Fällen, in denen Mängel erst bei besonderen und daher seltenen Witterungs- und Klimaverhältnissen wie Dauerregen oder Hochsommertemperaturen u.a. erkennbar werden.
3. Die nutzungsbedingte Späterkennbarkeit, wenn sich Mängel überhaupt erst bei vollwertiger und üblicher Benutzung des Werkes zeigen können, und zwischen Fertigstellung der einzelnen Werkleistung und Beginn der Benutzung - vor allem bei großen Vorhaben - ein langer Zeitraum liegt.

Wie v.Craushaar selbst angibt (33), führen seine Grundzüge im wesentlichen zu Ergebnissen, die auch die Rechtsprechung findet. Allerdings zeigen sich in vielen Sonderfällen erhebliche Divergenzen, wie etwa in dem Fall des OLG Hamm (34), wo v. Craushaar mangels des bauspezifischen Risikos die einjährige Frist der Grundstücksarbeit anwenden würde. Die gleiche Frist würde v.Craushaar - völlig zu Recht - bei den jetzt vom BGH entgegengesetzt behandelten Aushubarbeiten (35) annehmen. In der Tat kommt die Meinung v.Craushaars dem, was die damaligen Kommissionen veranlaßt hat, die übliche 6-Mo-

(31) S. 96 f.

(32) S. 995 f.

(33) S. 1000

(34) Alarmanlagen-Entscheidung NJW 76, 1269

(35) BGHZ 68, 208 = NJW 77, 1146

natsfrist des Kaufrechts für besondere Fälle des Werkvertrages zu verlängern, am nächsten. Allerdings enthalten die drei Gruppen der Späterkennbarkeit nach v.Craushaar immer noch Elemente, die nicht bauspezifischer, sondern generell technischer Art sind, vom Gesetzgeber wohl nicht gesehen sind, und daher den Schutz des Bestellers durch eine verlängerte Gewährleistung gar nicht oder nicht derartig gebieten. So kann sich etwa gleichfalls im Rahmen des Klima- und witterungsbedingten Risikos die Reparatur eines LKW-Motors erst an heißen Sommertagen oder die Abdichtung eines Autoschiebedachs nach langer Zeit bei Dauerregen als mangelhaft erweisen. Ebenso verhält es sich etwa bei der Lackierung einer Parkbank oder eines Fahrzeuges, wo der gleiche Einfluß von außen angreift.

Insbesondere aber die nutzungsbedingte Späterkennbarkeit gemäß Ziff.3 scheint mehr ein Problem der Abnahme bzw. des Fristbeginns zu sein. Denn dieses Risiko resultiert nicht aus der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung sondern aus dem vom Bauherrn bestimmten Verbund, in dem der Unternehmer seine Leistung erbringt. Wird eine bauliche Maßnahme oder der Einbau einer Maschine oder sonstigen Apparatur im Rahmen einer Reparatur vorgenommen, deren Durchführung die sofortige Nutzbarkeit des Bauwerkes zur Folge hat, so liegt überhaupt kein nutzungsbedingtes Risiko vor, während umgekehrt dieses Risiko sehr groß ist, wenn die gleiche bauliche Maßnahme bereits zu Anfang eines großen Projekts vorgenommen wird, wo erst nach Jahren eine Nutzbarkeit eintritt. Dieser Unterschied geht in keiner Weise auf die konkrete Leistung des Unternehmers zurück, vielmehr allein auf den vom Bauherrn veranlaßten Zusammenhang, in dem die jeweilige Leistung des Unternehmers steht. Es erscheint daher als unzulässig, dieses Risiko über

eine pauschale Fristverlängerung dem Unternehmer voll aufzuerlegen.

Wirtschaftlich gesehen steht hinter der ganzen Problematik - und vielleicht auch hinter der Auffassung v. Craushaars - die Tatsache, daß Schäden im Baubereich relativ häufig und überdurchschnittlich hochwertig auftreten, wie dies bereits in der Einleitung gezeigt war. Aus diesen Gründen und zur Erzielung derzeit praktisch vertretbarer Ergebnisse muß auch die dogmatische Kritik an der Rechtsprechung eingeschränkt gelten. Dennoch ist es dogmatisch unzulässig, den Baubereich hinsichtlich der Gewährleistungsdauer insgesamt für Risiken zu exponieren, die in der sonstigen Industrie und Technik gleichfalls bestehen, aber wertmäßig weniger bedeutsam sind.

Bisher war die Verjährungsregelung des § 638 Abs.1 S.1 so, wie sie die Rechtsprechung versteht, dargestellt und bewertet worden. Zum Verständnis dieser Regelung und als Ausgangspunkt für eine juristisch und praktisch bessere Lösung soll im folgenden die heutige Situation im europäischen Ausland und die historische Entwicklung der deutschen Regelung geschildert werden.

IV. K a p i t e l : Ausländische Gewährleistungs- fristen im Baubereich

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, welche Probleme die deutsche Regelung enthält, und welche Lösungsmöglichkeiten die Literatur anbietet. Da die gesamte Problematik nicht nur im deutschen Recht auftritt, empfiehlt sich eine rechtsvergleichende Darstellung. Dabei sollen neben der Fristenlänge Grundfragen wie die der Abgrenzung, des Verjährungsbeginns, der Hemmung u.a. behandelt werden.

A. Frankreich

Im französischen Recht unterliegt jede Bautätigkeit den Bestimmungen des Werkvertrages (1). Jedoch kennt der Code civil (C.c.) nicht die selbständige Institution des Werkvertrages, dieser wird vielmehr systematisch dem Mietvertrag des Art. 1708 C.c. beigeordnet und erfährt in Art. 1779 C.c. lediglich eine kurze, untergeordnete Behandlung (2).

Die relativ einfache, aber auch klare Festlegung in Art. 1708 C.c. zeigt, daß das französische Recht einen Mietvertrag über Sachen - louage des choses - und einen solchen über Dienste (3) - louage d'ouvrage - unterscheidet. Der Werkvertrag selbst zerfällt seit der Gesetzesänderung im Jahre 1967 (4) in drei Teile :

1. den Arbeitsvertrag
2. den Transportvertrag
3. die Verträge der Architekten, Bauunternehmer und sonstiger technischer Unternehmer

(1) dies ergibt sich bereits aus der Stellung der noch unten zu besprechenden Verjährungsvorschriften

(2) zum Gesetzestext vgl. Dalloz Code civil 1974-75

(3) Dienste hier nicht im engeren Sinn des BGB

(4) vgl. loi No. 67-3 du 3.janv.1967; Dalloz Recueil 1968 Législation S. 35

Das Gesetz hat also auch seit 1967 noch nicht den eigentlichen Werkvertrag kodifiziert, wogegen Rechtsprechung und Literatur seit langem den vom Mietvertrag gelösten Vertragstyp "louage d'entreprise" als selbständigen Werkvertrag anerkennen (5).

Das Gewährleistungssystem dieses Vertrages ist im französischen Recht durch den Grundsatz gekennzeichnet, daß der Unternehmer - entrepreneur - als Hauptpflicht die Herstellung gerade eines fehlerfreien Werkes schuldet (6). Mit der Abnahme des Werkes bleibt diese Erfüllungspflicht nicht in der Form einer potentiellen Gewährleistungspflicht bestehen. Der Erfüllungsanspruch geht vielmehr ersatzlos unter (7).

Dieses Ergebnis folgt aus der Systematik des C.c., wonach nur für Bauleistungen Gewährleistungsfristen bestehen. Die Fristen beschränken nicht einen vorhandenen Gewährleistungszeitraum, da der Erfüllungsanspruch ersatzlos erloschen ist. Sie schaffen erst diesen Zeitraum, und zwar nur für den Bauvertrag.

Die baurechtliche Gewährleistung wird daher aus ihrer eigenen Verjährung konstruiert (8). Der mehrfach geänderte Wortlaut der Art. 1792, 2270 C.c. entstand in seiner heutigen Fassung (9) durch "loi No. 67 - 3 du 3. janv. 1967" (10).

(5) Mazeaud Tome III Vol.2 S. 609 ff.; Dalloz Encycl. (contrat d'entreprise) No. 1,2 mit weiteren Hinweisen ; Walter S. 40

(6) Ferid S. 729; Mazeaud ebenda S. 629; Walter S. 140

(7) Walter S. 151 mit weiteren Hinweisen

(8) vgl. Art. 1792, 2270 C.c.; ganz hM siehe Ferid 2 II 48 ; Dalloz Encycl. No. 255 ff.

(9) siehe Dalloz Petits codes 1974 - 75

(10) mit der 1979 in Kraft tretenden Gesetzesänderung (Gesetz vom 4. 1. 1978), die hier aus zeitlichen Gründen nicht mehr dargestellt werden konnte, sind die Gewährleistungsfristen neu geregelt worden.

Die Verjährungsregelung der Gewährleistung differenziert zum einen - überraschenderweise - nach dem Schadensgrad, zum anderen nach der Art und dem Umfang der vergebenen Bauleistung. Dabei ist vorweg zu beachten, daß Art. 1792 C.c. nur für Gebäude im engeren Sinn gilt, während Art. 2270 C.c. den weiten Bereich aller Bauwerke betrifft (11). Handelt es sich bei dem eingetretenen Schaden um den ganzen oder teilweisen Einsturz eines Gebäudes, so beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre nach Art. 1792 C.c. . Es muß sich dabei um die volle Errichtung von Gebäuden handeln, also etwa Wohn- und Fabrikgebäude. Sonstige Bauobjekte, die in keinem Zusammenhang zu menschlichem Aufenthalt stehen, scheiden für Art. 1792 C.c. aus (12). Ebenso entfallen hier Reparatur- und Wartungsarbeiten.

Dazu muß ein Einsturz vorliegen, wobei ein teilweiser Einsturz nur dann anzunehmen ist, wenn die aufgetretenen Mängel bzw. Schäden geeignet sind, die Festigkeit des Gebäudes in Frage zu stellen (13). Nach dem Wortlaut des Art. 1792 C.c. spielt es dabei keine Rolle, ob der Schaden auf einen Fehler bei der Errichtung oder auf unzulängliche Bodenverhältnisse zurückzuführen ist; das Gesetz geht davon aus, daß Unternehmer und Architekt vor der Errichtung den Boden zu prüfen haben und gegebenenfalls eine Veränderung veranlassen müssen (14). Alle übrigen Fälle, in denen also kein Einsturz vorliegt, werden von Art. 2270 C.c. erfaßt, wobei die Unterscheidung der zwei- von der zehnjährigen Frist vom ver-

(11) Dalloz Encycl. No. 278, 280

(12) vgl. Aubry et Rau S. 408, die Kanäle und Deiche ausschließen; Fuzier-Herman Art. 1792 Anm. 11 ziehen unter Art. 1792 auch Kunstwerke und bescheidenste Immobilien

(13) Fuzier-Herman ebenda Anm. 116; Dalloz Encycl. No. 280

(14) so Fuzier-Herman ebenda Anm. 57 f.; Dalloz ebenda No. 196

traglichen Leistungsumfang, genauer davon abhängt, ob es sich um "gros ouvrages" oder "menus ouvrages" handelt.

Nach dem vorstehenden fallen unter den Begriff der Bauarbeiten iSv Art. 227o C.c. generell nicht nur Gebäudebauten wie bei Art. 1792 C.c. . Hinzü kommen nach der Rechtsprechung die Anlegung von Deichen, die Errichtung von Backöfen, Benzintanks, Tennisplätzen, Schachtanlagen, Sportplätzen u.a. (15).

Die spezielle Unterscheidung in Art. 227o C.c. zwischen "gros ouvrages" und "menus ouvrages" ist durch das "décret No. 67-1166 du 22.déc. 1967" rahmenartig umschrieben (16). So enthalten nach Art. 11 der genannten Verordnung die "gros ouvrages" folgende Objekte :

1. tragende Teile, die für die Standfestigkeit und Haltbarkeit des Bauobjekts von Bedeutung sind, sowie deren andere Teile, die darin eingebaut sind oder mit den tragenden Teilen eine Einheit bilden
2. Teile, die etwas versperrt, verschlossen oder gegen Feuchtigkeit geschützt halten, mit Ausnahme ihrer beweglichen Teile

Art. 11 der Verordnung nennt als Beispiele folgende "gros ouvrages" :

Mauerverkleidungen außer Farbe und Tapete; Treppen und Fußböden sowie deren Verkleidungen in festem Material; Decken und feste Trennwände; Teile der Kanalisation, Rohrleitungen und Scheideanlagen aller Art, soweit sie im Mauerwerk, in den Decken

(15) Dalloz ebenda No. 276 f. mit den dortigen Hinweisen

(16) derselbe in Recueil 1968 Législation S. 35

oder Fußböden verlegt oder in der Verkleidung eingebettet sind, mit Ausnahme der nur oberflächlich verlegten; die Rahmen von Fahrstühlen und Aufzügen; die Rahmen und Einfassungen von Türen, Fenstern und Verglasungen

Demgegenüber sind nach Art. 12 der Verordnung "menus ouvrages":

Kanalisation, Heizkörper, Röhren, Wasserleitungen, Scheideanlagen und Verkleidungen jeder Art, soweit sie nicht zu den "gros ouvrages" zählen; die zum Verschließen notwendigen, beweglichen Teile wie Türen, Fenster, Jalousien und Fensterläden

Bis 1967, also der Änderung des Code civil und dem Erlaß der zitierten Verordnung herrschte hinsichtlich der "menus ouvrages" die schon oben (17) genannte Rechtsunsicherheit, da das Gesetz keine Regelung enthielt, andererseits aber Rechtsprechung und Literatur eine Gewährleistung auch hinsichtlich dieser Leistungen verlangten und zubilligten (18).

Aus dem Wortlaut des Art. 227o C.c. wird für einzelne Schäden nicht klar, ob die Unterscheidung in "gros ouvrages" und "menus ouvrages" auf den Umfang der Vertragsleistung oder den schadhaften Teil der Gesamtleistung zu beziehen ist. Es stellt sich also beispielsweise bei einer defekten Tür eines Neubaus die Frage, ob die Verjährungsfrist 10 Jahre beträgt, da die Errichtung eines Hauses unter die "gros ouvrages" fällt, oder ob nur die zweijährige Frist gilt, da die Tür selbst zu den "menus ouvrages" gehört. Aus der knappen Behandlung bei Ferid (19) ergibt sich, daß die Verjährung allein nach dem Umfang der vergebenen Bauleistung zu berechnen

(17) s.o. S. 42

(18) vgl. die weiteren Hinweise bei Ferid 2 H 48

(19) ebenda 2 H 72 f.

ist. Auch Dalloz (20) gibt zu erkennen, daß maßgeblich der erteilte Auftrag ist, weshalb für eine defekte Tür im Neubau eine 10-jährige Frist zu beachten ist (21). Diese Unterscheidung gilt auch für den Bereich der Reparatur- und Umbauarbeiten.

Wie im deutschen Recht beginnt der Lauf der Fristen mit der Abnahme des Werkes (22).

Neben der Länge der Fristen regelt Art. 1792 C.c. auch die Beweislast. Rechtsprechung und Literatur entnehmen der Vorschrift einhellig eine Verschuldensvermutung zu Lasten des Unternehmers bzw. Architekten, wonach sich diese am Bau beteiligten Personen bei Einsturz nur dann von der Haftung befreien können, wenn sie selbst beweisen, daß der Einsturz auf das Verhalten Dritter oder höhere Gewalt zurückzuführen ist (23).

Im Ergebnis enthält das französische Recht neben überdurchschnittlich langen Fristen eine abschließende und spezifizierte Regelung anhand der zitierten Verordnung, so daß Subsumtionsschwierigkeiten nur in besonderen Ausnahmefällen zu befürchten sind.

B. England

Das durch das Fallsystem und das Zusammenspiel von Common Law und Equity gekennzeichnete englische Recht behandelt ebenfalls die generelle Bautätigkeit als Werkvertrag, wobei im einzelnen die Gesamterrichtung von Bauwerken als "building contract" bezeichnet wird, während

(20) Dalloz Encycl. No. 278

(21) unbestritten siehe Dalloz Encycl. No. 326; Mazeaud S. 654; auch Walter S. 297 bezieht die Unterscheidung auf das Werk und nicht die mangelhaften Teile

(22) vgl. Art. 1234, 2219 C.c.

(23) Aubry et Rau S. 406; Ferid 2 II 71; vgl. auch Mazeaud S. 640; Dalloz Encycl. No. 292 ff.; str. z.T. wird angenommen, die Verschuldensvermutung gelte auch bei Art. 2270 C.c.

Reparatur- bzw. Teilarbeiten als "hire of work and labour" gelten (24). Ähnlich wie das französische Recht wird auch hier aus den Begriffen deutlich, daß der Werkvertrag als Unterform der Miete gilt.

Das englische Recht sieht im Abschluß eines Vertrages die Abgabe eines Garantieversprechens mit der Folge, daß jede Vertragsverletzung - "breach of contract" - zur Schadensersatzpflicht führt, gleich ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, wobei auch nicht unterschieden wird, ob die Leistung gar nicht, zu spät oder schlecht erbracht wurde (25). In Ausnahmefällen ist jedoch über Equity die Auflösung des Vertrages zugleich mit Begründung einer Schadensersatzpflicht zugelassen worden (26).

Die Dauer der Gewährleistung speziell ist trotz der zunehmenden Kodifizierung innerhalb dieses Jahrhunderts nicht gesetzlich geregelt, so daß auf die allgemeine Regelung gemäß "Limitation Act 1939" (27) zurückzugreifen ist. Nach section (s.) 2, 1a des genannten Acts beträgt die gewöhnliche Verjährungsfrist 6 Jahre, wobei diese Frist nicht nur für die Gewährleistung, sondern auch für alle anderen Vertragsansprüche, also auch die Erfüllungsansprüche gilt (28). Das Gesetz spricht im Normalfall von einem "simple contract", meint dabei aber nicht Inhalt, Umfang oder Bedeutung des Vertrages, sondern die Abschlußform. Dies ergibt sich deutlich aus

(24) Halsbury's Laws 4. Ed. Vol.2 Nr. 1562 ff.; siehe auch Riezler RabelsZ 1952, 525 f.; gelegentlich fällt auch der Ausdruck "contract of work and labour"

(25) Zweigert/Kötz S. 206, 211 f. mit Hinweisen; Staehelin S. 254

(26) Zweigert/Kötz S. 207

(27) 2 & 3 Geo 6 c. 21, nachzuschlagen in Halsbury's Statutes Vol. 19 S. 60

(28) für Personenschäden beschränkt die gleiche Vorschrift die Frist auf drei Jahre

s. 2,3 des Acts, wonach bei einem gesiegelten Vertrag für alle Ansprüche eine Frist von 12 Jahren gilt (29). Irgendeine sonstige Differenzierung ist nicht gegeben. Für den Beginn der Frist ist generell nach s. 2,1 maßgeblich, wann die Forderung entsteht. Beim Werkvertrag wird daher zunächst die Fertigstellung des Werkes als beachtlich angesehen (30). Eine Ausnahme besteht jedoch gerade für Gewährleistungsansprüche, bei denen die Frist erst zu laufen beginnt, wenn der Fehler abstrakt entdeckt werden kann, und in etwa festzustellen ist, wer Gläubiger und Schuldner dieses Schadensersatzanspruchs sein wird (31). So hat die Queen's Bench Division in ihrer Entscheidung vom 2. Juli 1974 unter Übernahme früherer, gleichlautender Entscheidungen eine Schadensersatzklage eines Bauherrn gegen eine Baufirma wegen Verjährung abgewiesen bei folgendem Sachverhalt (32):

Die Beklagte errichtete einen Bungalow für die Klägerin, eine Trägergesellschaft, der im Februar fertiggestellt und im März 1966 von den Erwerbern bezogen wurde. Im Januar 1970 stellte sich heraus, daß sich unter der Fußbodendecke Wasser gebildet hatte, und das Holz faulte, wobei vorprozessual durch ein Gutachten festgestellt war, daß das Holz nicht vor Oktober 1967 angegriffen sein konnte. Am 22. Mai 1972 erhob die Klägerin Klage, wegen der eingetretenen Verjährung jedoch ohne Erfolg. Das Gericht stellte nämlich fest, daß die Schäden durch eine mangelhafte Durchlüftung der Unterdecke entstan-

(29) Halsbury's Laws 3. Ed. Vol. 24 Nr. 399 f.; Halsbury's Statutes Vol. 19 S. 64 - sub-s.(3) -

(30) Halsbury's Laws wie zuvor Nr. 397; The English and Empire Digest Vol. 32, Limitation of Actions Nr. 252

(31) vgl. Halsbury's Laws ebenda Nr. 348

(32) The All England Law Reports 1975 Vol.2 S. 589: Higgins v. Arfon Borough Council

den waren. Diesen Mangel hätte die Klägerin zwar nicht bei Fertigstellung des Hauses, spätestens aber bei Bezug der Bewohner im März 1966 feststellen können, so daß die 6-jährige Frist bei Klageerhebung abgelaufen war (33). Zu gleichem Ergebnis kommt eine ähnliche Entscheidung der Queen's Bench Division vom 13. Juli 1964 mit folgendem Sachverhalt (34):

Der Kläger hatte dem beklagten Architekten die Überwachung der Verlegung einer Drainage übertragen, wobei die Fertigstellung der Anlage im Februar 1957 erfolgte. Aufgrund eines Fehlers bei der Herstellung kam es zu erheblichen Schäden, weshalb der Kläger im April 1963 Klage erhob. Zwischen den Parteien war unstreitig, daß die Störung und Schädigung erst nach April 1957 eingetreten war (35). Das Gericht hielt zwar den Gewährleistungsanspruch für entstanden, hat die Klage aber wegen Verjährung abgewiesen, da seit dem Zeitpunkt der Beendigung der Aufsichtstätigkeit des Beklagten mehr als 6 Jahre verstrichen waren.

Die Rechtsprechung zeigt insgesamt, daß sie bestrebt ist, die Resultate abzuschwächen, die sich daraus ergeben, daß die Frist nach s. 2,1 des Acts erst mit Entstehung des Anspruchs, also mit Eintritt des Schadens zu laufen beginnt. Sie kann allerdings wegen der gesetzlichen Regelung nicht generell auf eine Abnahme oder Vollendung des Werkes abstellen und sucht daher einen Mittelweg, wonach es darauf ankommen soll, wann der Bauherr den Fehler abstrakt feststellen kann. Die beiden

(33) das zitierte Urteil S. 590

(34) The All English Law Reports 1964 Vol. 3 S. 577 :
Bagot v. Stevens Scanlan & Co

(35) zum Prozeß war es gekommen wegen anderer Rechtsfragen, da der Beklagte zu Unrecht der Meinung war, nicht aus Vertrag haften zu müssen

Beispiele und weitere Fälle der Rechtsprechung (36) zeigen so, wie verschieden der Fristbeginn je nach Lage des Falles anzusetzen ist.

Weitergehende Differenzierungen oder Regelungen enthalten auch nicht die neueren, für hier nicht relevante Sonderbereiche erlassenen Limitation Acts von 1945, 1954, 1963 sowie 1975 (37).

Insgesamt zeigt das englische Recht somit ebenfalls eine relativ strenge Haftung über mindestens 6 Jahre, wobei die überaus knappe gesetzliche Regelung zu grossen Unklarheiten hinsichtlich des Fristbeginns führt. Wenn auch die pauschale Einheitsfrist von 6 Jahren keine Abgrenzungsschwierigkeiten für die verschiedenen Bauleistungen bereitet, so werden sich allerdings untragbare Ergebnisse im Einzelfall nicht vermeiden lassen. Hier setzt dann konkret - je nach Ansicht des Gerichts - das Institut der Equity als Ausgleich ein.

C. Österreich

Auch im österreichischen Recht erfolgt Bautätigkeit in Erfüllung eines Werkvertrages (38). Danach gelten für die Gewährleistung die §§ 1167 ff. ABGB, wobei für die Verjährung in § 1167 S.4 auf § 933 verwiesen wird. Nach letzterer Vorschrift verjähren vertragliche Ansprüche für Gewährleistung in 6 Monaten, bei unbeweglichen Sachen erst in drei Jahren. Dabei darf die in § 1489 ABGB enthaltene, zusätzliche Verjährungsregelung nicht verwirren. Wenn dort normiert ist, daß Entschädigungsansprüche, auch bei Vertragsverletzung, erst generell in drei Jahren verjähren, so ist damit nur bestimmt,

(36) vgl. die Hinweise in Halsbury's Laws 3. Ed. Vol.24 Nr. 348

(37) Halsbury's Statutes Vol. 19 S. 95 ff. sowie Vol. 45 S. 847 ff.

(38) Gschnitzer S. 99

daß rein deliktische oder quasideliktische Ansprüche auch dann in drei Jahren verjähren, wenn mit der deliktischen bzw. quasideliktischen Schädigung zugleich eine Vertragsverletzung begangen ist, während es hinsichtlich der vertraglichen Gewährleistungsansprüche weiter bei der besonderen Regelung des § 933 ABGB bleibt (39).

Die für § 933 ABGB erforderliche, § 638 BGB ähnliche Abgrenzung mußte notwendigerweise durch höchst-richterliche Auslegung präzisiert werden. Die dreijährige Frist findet daher Anwendung, wo entweder das herzustellende Werk selbst eine unbewegliche Sache darstellt, oder die geschuldeten Arbeiten an einer unbeweglichen Sache stattfinden (40). Somit ist auch für den Bereich der Reparatur- und Teilarbeiten eine Regelung getroffen, wobei es als zweifelhaft erscheint, ob die Gleichbehandlung eines kompletten Neubaus und einer unbedeutenden Reparatur sachgerecht ist.

Umgekehrt gilt die 6-Monatsfrist dann, wenn die herzustellende Sache zwar zum Einbau in eine unbewegliche Sache vorgesehen ist, der Unternehmer aber den Einbau nicht selbst vorzunehmen hat (41). Trotzdem wird man bei überschlägiger Betrachtung der gesamten Baupraxis sagen können, daß die Frist von drei Jahren den

(39) ebenda S. 91; die Ausführungen bei Krasnopolski/Kafka S. 216 f. zeigen, daß § 1489 ABGB für vertragliche Gewährleistung dort ausscheidet, wo das Gesetz kürzere Fristen vorsieht

(40) so fallen aber auch unter die dreijährige Frist der komplette Hoch- und Tiefbau wie auch Nebearbeiten, z.B. die Herstellung und der Einbau eines individuellen Zimmerofens (vgl. OGH ÜJZ 57,390); vgl. auch die Ausführungen des OGH ÜJZ 75, 295 betreffend die dreijährige Frist beim Einbau einer Zentralheizung, Installations- und Fliesenarbeiten

(41) so Lieferung einer Dachfolie ohne Einbau : OGH SZ 39/7; Herstellung verschiedener Gaskühler zum Einbau in eine Fabrikanlage JBl. 75, 432

Hauptanwendungsfall der Vorschrift bildet, womit eine klare, wenn auch pauschale Regelung besteht.

Der Beginn der Verjährungsfrist ist gesetzlich in § 933 ABGB auf den Zeitpunkt der Ablieferung fixiert, wo aber eine nicht sofort überprüfbare Eigenschaft zugesichert wurde, beginnt die Frist erst dann zu laufen, wenn der Mangel sicher erkennbar ist (42).

Eine Besonderheit der Fristen nach § 933 ABGB liegt darin, daß es sich um Ausschußfristen handelt, die den Anspruch gänzlich zum Erlöschen bringen. Auch ist eine Hemmung oder Unterbrechung der Fristen generell nicht möglich (43), so daß die Dreijahresfrist etwa bei Neubauten eine zusätzliche Verkürzung in der Praxis erfährt.

D. Schweiz

Auch die im schweizerischen Recht dem Bauunternehmer auferlegte Gewährleistung nach Art. 364 ff. Obligationenrecht (OR) gehört dem System des Werkvertrages nach Art. 363 OR an (44). Für die Gewährleistung hat der Bauherr zunächst nach Art. 367 OR die Obliegenheit zu erfüllen, das Werk nach der Ablieferung (45) - ähnlich wie der deutsche Kaufmann nach § 377 HGB - sofort zu prüfen und eventuelle Mängel zu rügen (46).

(42) OGH SZ 39/7

(43) Klang/Gschnitzer § 933 Anm. III, die ausnahmsweise bei Stillstand der Rechtspflege analog eine Hemmung annehmen

(44) vgl. Oser/Schönenberger Art. 363 Rn. 4 und heute Gautschi Vorb.1 zu Art. 363-379; Gauch S. 153

(45) auch im schweizerischen Recht steht hier die bauliche Vollendung der Ablieferung gleich, Gautschi Art. 367 Rn. 12 f.

(46) zum Umfang der Obliegenheit Gautschi ebenda Rn. 16a

Im Verhältnis zu § 640 Abs.2 BGB verlangt daher das OR nicht nur passives Aufnehmen und Entdecken eines Fehlers, sondern eine aktive Prüfung des Werkes. Selbstverständlich bleibt die Gewährleistung für verborgene Mängel aufrechterhalten, wie aus Art. 370 Abs.1 und 2 zu entnehmen ist. Aber auch hier trifft den Besteller eine weitere Obliegenheit, da er nach Art. 370 Abs.3 OR sofort nach Entdeckung des Mangels diesen anzuzeigen hat. Erst für den Fall, daß ein Mangel bei der Ablieferung trotz Prüfung nicht zu erkennen war, und dies auch bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist anhielt, kommen die Vorschriften über die Verjährung zur Anwendung. Art. 371 Abs.1 OR verweist bei beweglichen Sachen auf die entsprechende kaufrechtliche Vorschrift, wonach die Verjährungsfrist ein Jahr beträgt. Bei unbeweglichen Bauwerken regelt die werkvertragliche Vorschrift des Art. 371 Abs.1 OR die Frist mit einer Dauer von 5 Jahren selbst.

Unbewegliche Bauwerke sind nicht nur Hochbauten, auch Straßen, Brücken, Leitungen, Tanks, Aushubarbeiten und Aufschüttungen fallen darunter (47). Die Frage, ob ein Bauwerk zu den beweglichen oder den unbeweglichen zu zählen ist, bemißt sich nach dem Willen der Parteien, ob das Werk auf Dauer oder nur vorübergehend errichtet sein soll. So ruht auf der nur für eine oder zwei Saisons gebauten Skihütte eine Gewährleistung von einem Jahr, während die gleiche Baulichkeit - für mehrere Jahre geplant - der 5-jährigen Frist zugeordnet ist (48). Es sind also auch hier Unklarheiten bei der Anwendung des Begriffes "unbewegliches Bauwerk" vorhanden.

(47) Gautschi Art. 371 Rn. 10 b

(48) Gautschi ebenda Rn. 10 a; nicht ganz unbestritten, vgl. Oser/Schönenberger Art. 371 Rn. 5, die mehr auf den allgemeinen Sprachgebrauch und ein Bedürfnis längerer Fristen abstellen

Wie Anbau-, Umbau- oder Reparaturarbeiten zu qualifizieren sind, ist umstritten. Nach Gautschi (49) führen auch diese Arbeiten zur 5-jährigen Gewährleistung mit Ausnahme von Kleinstarbeiten wie Tapezieren und Erneuerungsanstrichen. Dagegen kommt es nach Oser/Schönenberger (50) darauf an, ob die Arbeiten wesentliche Teile des Bauwerkes betreffen.

Nach der Terminologie des Bundesgerichts sind als unbewegliche Bauwerke nach Art. 371 Abs. 2 OR nur solche anzusehen, bei denen regelmäßig erst nach Ablauf der einjährigen Gewährleistungsfrist festzustellen ist, ob sie den geologischen und atmosphärischen Bedingungen standhalten (51). Mit dieser Begründung hat das Bundesgericht die Anbringung eines Erneuerungsanstrichs an einem Wohnhaus in Zürich als bewegliches Werk der einjährigen Frist unterzogen.

Gauch (52) hält diese Abgrenzungsmethodik zwar für generell richtig, weist jedoch - m.E. zutreffend - auf den breiten Ermessensspielraum der Gerichte und die dadurch eintretende Rechtsunsicherheit hin. Nach seiner Auffassung soll ein Erneuerungsanstrich im übrigen der 5-jährigen Frist zugeordnet werden, da nach einem Jahr die vom Bundesgericht geforderte Feststellung noch nicht zu treffen sei. Der Streit zeigt, wie sehr die Beurteilung von der technischen Einzelbewertung abhängt. Die in der Schweiz vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegebenen "Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten", kurz SIA-Norm ge-

(49) Art. 371 Rn. 12 b

(50) Art. 371 Rn. 6

(51) BGE 93 II 246

(52) S. 161 ff.

nannt, enthalten in ihrer geltenden Fassung seit Januar 1977 in Art. 179 eine einheitliche Verjährungsfrist von 5 Jahren. Daneben muß der Bauherr zur Wahrung seiner Rechte nach Art. 172 Mängel innerhalb von zwei Jahren nach Entdeckung rügen (53).

Verjährungsbeginn ist in jedem Fall die Ablieferung bzw. Vollendung des Werkes (54).

Die werkvertragliche Gewährleistung ist somit insgesamt durch die vorgeschaltete Prüfpflicht stark eingeengt. Soweit jedoch die 5-jährige Frist zur Anwendung gelangt, scheint diese zunächst angemessen zu sein, was hinsichtlich der Länge eines 5-jährigen Zeitraumes noch innerhalb der Erörterung des deutschen Rechts zu behandeln sein wird.

E. Dänemark

Ähnlich wie das englische Recht enthält auch das dänische Recht ein Gesetz, welches das Institut der Verjährung selbständig regelt. Zunächst fällt auch hier jede Bautätigkeit unter die dem deutschen Werkvertrag nahestehende "vaerksleje" (55). Die Literatur nennt diesen Vertragstyp für den Baubereich "entreprise", worunter bei gleichen Voraussetzungen sowohl die Errichtung eines Neubaus als auch sämtliche Reparatur- und Teilarbeiten zu verstehen sind. Aufgrund der Vertragsgrundsätze hat der Unternehmer - entreprenør - grundsätzlich als bestimmten vertraglichen Erfolg ein mangelfreies Werk herbeizuführen. Leidet das Werk an einem Mangel, so kann der Bauherr grundsätzlich Nachbesserung verlangen, bei Unverhältnismäßigkeit, Unmöglichkeit oder ähnlichen Besonder-

(53) Gauch S. 161

(54) Gautschi Art. 371 Rn. 4 mit Hinweisen

(55) vgl. Ussing 2. Aufl. S. 396 f.

heiten kann der Bauherr mindern oder auch wandeln (56). Diese Gewährleistungsrechte entstammen ihrer generellen Art nach dem Gewährleistungssystem des Kaufrechts, das seinerseits abschließend gesetzlich geregelt ist (57). Nach §§ 51 und 52 Kbl. hat der Käufer die Kaufsache sofort nach Erhalt zu prüfen und eventuelle Mängel zu rügen, andernfalls er sich seiner Gewährleistungsrechte begibt. Da Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich die Kaufregeln für den Werkvertrag analog anwenden (58), trifft den Bauherrn gleichfalls eine Prüf- und Rügepflicht.

Die Verjährung der skizzierten Gewährleistungsrechte tritt nach § 1, 1e des anfangs genannten Gesetzes (59) nach Ablauf eines Zeitraumes von 5 Jahren ein, obwohl das zunächst analog anzuwendende Kbl. in § 54 eine einjährige Frist statuiert (60). Dabei wird in keiner Weise differenziert nach der Art des Werkes oder des Schadens. Der Verjährungsbeginn ist festgelegt auf den Zeitpunkt, zu dem sich der Mangel erstmalig zeigt. Das Højesteret, Dänemarks höchstes Zivilgericht, hat dies mehrfach und eindeutig ausgesprochen. Der Entscheidung vom 9. Mai 1939 (61) lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach drei Wohnhäuser aufgrund eines Vertrages vom 8. August 1931 errichtet und im April 1932 abgeliefert wurden. Im Mai 1936 zeigten sich an den Treppen eines der Häuser grundlegende Schäden, deren Ursachen durch Gutachten im September

(56) Dansk Privatrekt aaO S. 424

(57) vgl. Lov om Køb vom 6. April 1906 (Kbl.) nachzulesen in Danmarks Love S. 352 ff.

(58) vgl. Dansk Privatrekt S. 425; Ussing 2. Aufl. S. 401 oben

(59) Lov om Forældelse af visse Fordringer vom 22. Dez. 1908, Danmarks Love S. 374 f.

(60) so erstmalig Højesteret UfR 1919, 424; Ussing 4. Aufl. S. 400 mit Hinweisen

(61) UfR 1939, 702

1936 und März 1937 ausfindig gemacht wurden. Darauf erwirkte die Bauherrengemeinschaft im Mai 1937 ein obsiegendes Urteil auf Ersatz des Schadens. Im anschließenden, hier zitierten Regreßprozeß des Bauunternehmers gegen einen Subunternehmer stellte das Højesteret fest, daß auch für den Subunternehmer die 5-Jahresfrist noch nicht abgelaufen war, obwohl zwischen Ablieferung des Werkes und Klageerhebung mehr als 5 Jahre verstrichen waren. Denn auf den Zeitpunkt der Vorlage der Gutachten sei abzustellen, durch die die Beteiligten Ursachen und Verschulden erstmalig erkennen konnten.

In einem ähnlichen Fall, entschieden vom Højesteret am 27. November 1972 (62), fielen von einem 1953/54 errichteten 6-stöckigen Haus im Jahre 1967 aufgrund fehlerhafter Bauausführung Betonelemente ab. Die Bauherrengemeinschaft erhob wegen ihrer Schadensersatzansprüche Klage im Juni 1969, der - aus technischen Gründen nur teilweise - stattgegeben wurde.

Soweit die Parteien vertraglich die sog. "Almindelig Betingelser for Arbejder og Leverancer" (63) einbezogen haben, kann nach § 22 Abs.1 AB die Nachbesserung nur noch innerhalb eines Jahres seit Ablieferung verlangt werden, wobei der Bauherr die Mängel schriftlich unter Fristsetzung angeben muß. Neben dieser Frist gilt die allgemeine Verjährungsfrist von 5 Jahren, die mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Bauherr von dem Mangel Kenntnis erlangt hat oder hätte können, was sich aus § 22 Abs.4 AB ergibt (64).

(62) UfR 1973, 53

(63) Allgemeine Bedingungen für Leistungen und Lieferungen, abgekürzt AB, zum Text Hørlyck

(64) ebenda S. 186

Auch kann nach Ablauf der Jahresfrist kein mittelbarer Schaden wie entgangener Gewinn oder sonstiger Folgeschaden mehr liquidiert werden (§ 22 Abs.5 AB).

Insgesamt enthält das dänische Recht somit eine möglicherweise ausgesprochen lange Haftung der Bauunternehmer, wobei auch die oft einbezogenen AB nicht viel ändern. Mangels einer gesetzlichen Differenzierung entfällt das Abgrenzungsproblem zum Begriff "unbewegliches Bauwerk", dafür werden die Schwierigkeiten nicht gering sein, zu beweisen, wann der Bauherr Kenntnis vom Schaden erlangt hat, und ob der Schaden überhaupt auf einen Fehler oder die allgemeine Abnutzung zurückzuführen ist.

F. Norwegen

Die norwegische Rechtspraxis ist gekennzeichnet durch eine besonders häufige Anwendung vorgegebener Geschäftsbedingungen, dem NS 401 aus dem Jahre 1939 in der heutigen Fassung NS 3401 aus dem Jahre 1969 (65). Dabei wird von der Literatur teilweise sogar angenommen, daß die Regelung nach NS auch ohne vertragliche Einbeziehung gelten soll (66). Dennoch sei zunächst auf die gesetzliche Regelung hingewiesen, wobei hier nicht weiter dargelegt werden muß, daß auch das norwegische Recht die Bautätigkeit als Werkvertrag einordnet, jedoch dafür verschiedene Bezeichnungen gleichen Inhalts wie byggekontrakt, foretag, entreprenørkontrakt und ähnliches verwendet. Der Unternehmer schuldet ein fehlerfreies Werk und muß bei Verletzung dieser Pflicht Gewähr leisten in der Form der Nachbesserung, Minderung

(65) NS = Norsk Standard, nachzulesen bei Motiv AB 72 S. 456 ff.

(66) Sandvig S. 419

oder der Leistung von Schadensersatz.

Die Verjährung wird umfassend durch das "Lov om Forældelse af Fordringer" vom 27. Juli 1896 geregelt (67). Nach dessen § 5 Zf.1 verjähren Forderungen aus Kauf-, Transport-, Pacht-, Arbeits- und sonstigen Verträgen in drei Jahren ohne Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen, bzw. zwischen verschiedenen Vertragsobjekten. Die auch für den Bauvertrag geltende Frist beginnt im Zeitpunkt der Fertigstellung zu laufen (68).

Der bereits oben zitierte NS 3401 von 1969 enthält in Punkt 25.7 und 8 eine einjährige Gewährleistungsfrist, wobei auch hier als Anfangszeitpunkt die Fertigstellung des Bauwerkes berücksichtigt wird (69). Nach Ablauf dieser Frist entfällt die Gewährleistung auch für solche Mängel, die sich erst nach Fristablauf zeigen, soweit nicht seitens des Unternehmers bewußtes Verschweigen vorlag (70). Zusätzlich verlangte der frühere NS 304 in Punkt 13.3 als Obliegenheit eine schriftliche Mängelrüge, der neue NS 3401 schreibt in Punkt 23.3 bei der Abnahme die Anfertigung eines Protokolls vor. Erfolgt die Mängelanzeige nicht, bzw. übergeht das Protokoll offensichtliche Mängel, so kann der Bauherr dafür keine Gewährleistung beanspruchen (71). Hat aber der Bauherr die Mängel in

(67) nachzulesen in "Norges Lover 1685-1973"

(68) Bech S. 14 mit Bezug auf Rettens Gang 1960, 232; soweit dieser den NS zitiert, ist zu beachten, daß Bech vom NS 401 A von 1961 ausgeht, der sich sachlich vom NS 3401 hier nicht unterscheidet; s.a. Augdahl S. 109

(69) Bech S. 15

(70) Sandvig S. 415; NS 3401 Punkt 25.9

(71) derselbe S. 430

der vorgeschriebenen Form gemeldet, so bleibt die Haftung des Unternehmers allein deshalb über die einjährige Frist hinaus bestehen (72).

Da eine differenzierte, gesetzliche Regelung fehlt, ist bei Neubauten im Falle der Einbeziehung des NS grundsätzlich von einer einjährigen Verjährungsfrist auszugehen, während es bei den Reparatur- und Teilarbeiten bei der gesetzlichen Verjährung bleibt, da der NS auf diese Arbeiten nicht anzuwenden ist.

G. Schweden

Die hier wie im dänischen Recht herrschende Verschmelzung von Kauf- und Werkvertrag läßt die Frage entstehen, wie Bauverträge einzuordnen sind. In dem das Kaufrecht umfassend regelnden "Köplag" (KL) vom 20. Juni 1905 (73) wird in § 2 normiert, daß auch die Verfertigung von Sachen bei gleichzeitiger Beschaffung des erforderlichen Stoffes als Kauf anzusehen ist, wenn es sich nicht um die Auf-
führung eines Hauses, Wasserwerkes oder anderen Gebäudes handelt. Unter die Vorschrift fallen daher weder die gesamten, noch teilweise vergebenen Errichtungsarbeiten für ein Gebäude, da die Gesamt-
errichtung bereits vom Tatbestand ausdrücklich ausgenommen ist, die getrennten Einzelarbeiten aber als Teil der Gesamt-
errichtung ebenso zu behandeln sind. Denn rechtlich darf es keine Rolle für die Bestimmung des Vertragstyps spielen, ob der jeweilige Neubau von einem oder mehreren Unternehmern errichtet wird. Ebenso gehören auch Reparatur- und Umbauarbeiten zum Werkvertrag, der bei Bautätigkeit als "en-

(72) s.a. NS 3401 Punkt 25.8

(73) Text in deutsch siehe Almén S. 585

treprenadavtal" bezeichnet wird, es sei denn, es handelt sich um reine Montagearbeiten wie das Einbauen von Schlössern, Türen, Öfen, Fenstern u.a., da diese eine selbständige Sacheinheit bilden (74). Für diese Arbeiten gilt ohne weiteres nach § 54 KL eine einjährige Verjährungsfrist, beginnend mit dem Zeitpunkt des Empfangs, also meistens der Fertigstellung.

Problematischer ist die Situation bei den sonstigen, schon angedeuteten Bauarbeiten, die im Rahmen eines Werkvertrages durchgeführt werden. Erfüllung dieses Vertrages setzt auch hier die Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses, nämlich die Herstellung eines mangelfreien Bauwerkes, die Durchführung einer ordnungsgemäßen Reparatur oder eines fehlerfreien Umbaus voraus (75). Notwendigerweise hat daher auch der Unternehmer nach schwedischem Recht - ohne Frage des Verschuldens - für Mängel seines Werkes zu haften. Die Voraussetzungen dieser Haftung sind z.T. sehr unklar geregelt und streitig, insbesondere bei Reparatur- und Teilarbeiten (76).

Die Verjährungsregelung dieser Ansprüche ist gleichfalls umstritten, wobei im Vordergrund die Frage steht, ob § 54 KL mit der einjährigen Frist trotz der Einschränkung in § 2 KL analog auf den Bauvertrag anzuwenden ist. Der Högsta Domstolen hat diese Frage bereits 1946 in folgendem Fall bejaht (77) :

Der beklagte Unternehmer hatte beim Hausbau verabsäumt, eine ordnungsgemäße Drainage zu verlegen. Dies wurde erst im April 1943, 4 1/2 Jahre nach Fertig-

(74) Almén S. 63; es liegt offensichtlich der Gedanke des § 94 BGB zugrunde; vgl. auch Bengtsson S. 104, der sich ausdrücklich auf Almén beruft

(75) Bengtsson S. 114

(76) derselbe S. 119 ff.

(77) NJA Avd. I 1946, 666

stellung zum 1. Oktober 1938, schriftlich bemängelt. Ohne auf die Frage der Kenntnisnahme des Mangels einzugehen, hat das Gericht an verschiedenen Stellen zum Ausdruck gebracht, daß die Verjährung bereits am 1. Oktober 1939 eingetreten war.

In der Literatur wird diese Analogie vereinzelt kritisiert und abgelehnt (78) mit der Folge, daß dann die generelle 10-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt, die in § 1 des Verjährungsgesetzes vom 4. März 1862 normiert ist (79).

Zwar wird durch § 2 KL festgelegt, daß das KL mit seinem § 54 auch für die Verjährung im Werkvertragsrecht gilt. Aus dem Regelungsgehalt des § 2 KL ergibt sich aber, daß eine analoge Anwendung des § 54 für den Bereich der Bauarbeiten entfällt. Die unvollkommene Behandlung dieses Problems in der Literatur und das Fehlen einer festen höchstrichterlichen Rechtsprechung sind darauf zurückzuführen, daß üblicherweise Vertragsbedingungen einbezogen werden. Diese regeln zwar die Frage der Verjährung nicht generell, die heute geltenden AB 72 (80) enthalten jedoch in Kap. 4 §§ 7-9 den Grundsatz, daß ausschließlich die vereinbarte Gewährleistungsfrist gilt. Damit sind die Vertragsparteien gehalten, sich über die Gewährleistungs-

(78) offen gelassen bei Bengtsson S. 123; gegen eine analoge Anwendung Lejman S. 282

(79) siehe "Sveriges Rikes Lag" S. 644

(80) Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, herausgegeben vom Vertragsausschuß des Schwedischen Technikervereins nachzulesen in deutsch in Motiv AB 72 aaO S. 510

zeit auseinanderzusetzen, wie auch in den üblichen Formularen ein Abschnitt zur Regelung einer individuellen Gewährleistungsdauer enthalten ist (81). Ergänzend dazu sei noch vermerkt, daß z.T. in der Literatur angenommen wird, die einjährige Frist gelte nicht für versteckte Mängel.

Insgesamt enthält das schwedische Recht daher eine recht unklare Regelung, wobei mittelfristige Zeiträume völlig fehlen. Demzufolge weicht die Praxis im Regelfall auf die Individualvereinbarung aus.

II. DDR

In dem seit dem 1. Januar 1976 geltenden Zivilgesetzbuch der DDR werden Bauleistungen unter dem Vierten Kapitel "Dienstleistungen" behandelt. Die Vorschriften gelten nach § 189 ZGB für alle Bauleistungen, Instandhaltung, Um- bzw. Ausbau sowie Errichtung von Bauwerken u.a. . Nach § 190 ZGB hat der Baubetrieb u.a. eine termin- und qualitätsgerechte Leistung zu erbringen. Andernfalls stehen dem Bürger die sich aus §§ 189 Abs.2, 179 ZGB ergebenden Rechte zu. Danach kann dieser Nachbesserung oder Preisminderung verlangen bzw. vom Vertrag zurücktreten. Mittelbare Schäden sind nach den §§ 182 ff. ZGB zu ersetzen.

Bereits hier muß auf eine Zweigleisigkeit des Vertragsrechts der DDR hingewiesen werden. Das Verhältnis zwischen Privatpersonen, also etwa einem Grundeigentümer und einem der wenigen privaten Betriebe regelt sich nach dem ZGB. Die Vertragsbe-

(81) ebenda S. 537

ziehungen zwischen staatlichen Institutionen untereinander wie volkseigenen Betrieben und Wohnbaukombinaten o.ä. werden durch das Vertragsgesetz vom 25. Februar 1965 festgelegt (82). Dieses Gesetz findet große Anwendung, da bekanntermaßen fast die gesamte Bautätigkeit von staatlichen Betrieben durchgeführt wird. Zudem gilt das Gesetz auch zwischen Privatbetrieben und staatlichen Betrieben gemäß der 10. DVO vom 15. September 1972 (83).

1. Bis zum 1. Januar 1976 war die Verjährungsregelung des BGB für den privaten Vertragsbereich mit der in der Bundesrepublik im BGB enthaltenen Vorschrift des § 638 identisch. Obwohl das ZGB diese Vorschrift abgelöst hat, sei hier eine Entscheidung des Bezirksgerichts Potsdam vom 7. Mai 1969 (84) zur Abgrenzung innerhalb des § 638 Abs.1 S.1 mit folgendem Sachverhalt zitiert :

Im Jahre 1962 hatte die Verklagte am Wohnhaus der Klägerin das Dach mit selbst gelieferten Materialien erneuert. Wegen einer Undichtigkeit der verwendeten Dachsteine erhob die Klägerin im November 1966 Klage auf Schadensersatz. Sie hatte Erfolg, da das Gericht das Vorliegen einer Bauwerksleistung und damit eine 5-jährige Verjährungsfrist angenommen hat. Zur Begründung wurde lediglich angeführt, daß Arbeiten an einem fertiggestellten Gebäude, die der Erneuerung oder Veränderung des Gebäudes selbst dienen oder von wesentlicher Bedeutung für seine Erhaltung sind und damit über den Charakter reiner Reparaturarbeiten hinausgehen, Arbeiten an einem Bauwerk im Sinne der Vorschrift sind.

(82) s. GBl. der DDR I S. 107

(83) s. GBl. II Nr. 54 S. 600

(84) NJ 69, 540

2. Nach dem neuen ZGB ist für den vorliegenden Komplex zu unterscheiden zwischen Garantiezeit und Verjährung. Beide Institutionen stehen selbständig nebeneinander bzw. hintereinander, so daß im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Garantiezeit noch läuft und gegebenenfalls, ob der in dieser Garantiezeit entstandene Anspruch nicht verjährt ist (85). Die Garantiezeit beträgt nach § 196 Abs.1 S.1 ZGB bei neu errichteten Bauwerken 5 Jahre, bei sonstigen Bauleistungen zwei Jahre, womit die frühere 5-jährige Frist für Arbeiten der Erneuerung bzw. Veränderung oder solche von wesentlicher Bedeutung für die Erhaltung des Bauwerkes nicht mehr gilt. Auch ist der Begriff "Bauwerk" nicht geklärt worden, so daß die Grenzfälle wie Schachanlagen, Grundarbeiten u.a. nach wie vor die alte Rechtsfrage aufwerfen, wie sie bei § 638 in der DDR bestand. Eine Besonderheit stellt § 196 Abs.1 S.2 ZGB dar, wonach die Garantiezeit bei Bauleistungen, die bei bestimmungsmäßigem Gebrauch einem erhöhten Verschleiß unterliegen, der üblichen Gebrauchsdauer entspricht, mindestens jedoch 6 Monate beträgt. Eine Kommentierung oder Rechtsprechung ist bisher zu § 196 Abs.1 S.2 ZGB noch nicht ersichtlich. Welche Leistungen unter diese Verschleißklausel zu subsumieren sind, ist daher nicht klar. Zwar findet sich in § 149 Abs.2 S.1 ZGB für den Kaufvertrag eine ähnliche Verbrauchsklausel, die jedoch auch keine genaueren Tatbestandsmerkmale enthält. Schwer wird vor allem der Begriff "erhöhter Verschleiß" zu definieren sein, zumal Bauleistungen im allgemeinen für eine längere Standzeit konzipiert sind. Als Leistungen kommen daher eventuell öffentliche Gebäude, die einem starken Publikumsverkehr ausgesetzt sind, Straßenbeläge, die nach gewissen Abständen zu

(85) vgl. auch "Grundfragen des Vertragssystems..." S. 181 ff.; die Veröffentlichung bezieht sich auf das hier textgleiche VG von 1957

erneuern sind, Putzarbeiten an Bahnanlagen, die einer besonderen Verschmutzung und überdurchschnittlichen Erschütterung ausgesetzt sind u.a. in Betracht. Die Aufzählung zeigt, wie schwierig die Voraussetzungen der Vorschrift zu konkretisieren sind; abgesehen davon ist die Vorschrift des § 196 Abs.1 S.2 ZGB nicht nur überflüssig, sondern auch unangebracht. Vertragliche Erfüllung setzt voraus, daß das Werk im Zeitpunkt der Abnahme frei von Mängeln ist. Schäden oder Fehler, die erst durch Abnutzung oder Verschleiß entstehen, treffen den Werkunternehmer in keiner Weise, da sie mit seiner Erfüllungspflicht nicht in Zusammenhang stehen. Aus diesem Grund besteht auch kein Anlaß, die Gewährleistung des Baubetriebes deshalb zeitlich einzuschränken, weil ein von außen kommender, früher Verlust der Sache oder des Werkes zu erwarten ist. Wenn der Bauherr keine Gewährleistungsrechte hat, so können ihm diese auch nicht im Hinblick auf die Besonderheit der Sache wegen deren Verschleißfreudigkeit genommen werden. Mit der Verschleißklausel wird zwar auch die Beseitigung bzw. Vermeidung von Beweisschwierigkeiten beabsichtigt sein; denn ist die Sache untergegangen oder beschädigt, so stellt sich im Regelfall die Frage, ob dieses Resultat auf einen vom Baubetrieb zu vertretenden Mangel oder den üblichen Verschleiß zurückzuführen ist. Bei Anwendung der Verschleißklausel braucht diese meist sehr schwierig zu klärende Frage nicht geprüft zu werden, wenn der Schaden erst nach Ablauf der durchschnittlichen Verschleißzeit eingetreten ist. Dennoch bleibt die Frage im Regelfall, wie lange die durchschnittliche Gebrauchsdauer beträgt, so daß auch aus diesem Aspekt die Vorschrift keinen Vorteil bietet.

Daneben muß die Klausel auch für nichtsozialistische Staaten abgelehnt werden, da sie den Bauherrn bzw. Bürger benachteiligt, der bestrebt ist, sein Eigentum dem üblichen Verschleiß zu entziehen und sorgfältig zu verwalten. Er verliert nämlich in jedem Fall die Möglichkeit des Beweises, daß Schäden nicht auf Verschleiß, sondern auf einen vom Baubetrieb zu vertretenden Mangel zuzückzuführen sind, und damit auch wirtschaftlich einen Teil seiner Gewährleistungsansprüche. Wenn ein Bauwerk einen anfänglichen Mangel hat, der daraus resultierende Schaden aber erst nach Ablauf des allgemeinen Verschleißzeitraumes hervortritt, der Bauherr aber entgegen der allgemeinen Praxis die Verschleißeinwirkungen reduziert hat, so muß er sich dennoch seine Rechte beschneiden lassen, weil die Allgemeinheit mit ihrem privaten oder sozialistischen Eigentum entsprechend verfährt, ein Ergebnis, das für sozialistische Plansysteme typisch ist.

Eine im Verhältnis zu § 638 wesentliche Verschärfung der Haftung kann aus § 196 Abs.2 ZGB erwachsen, wonach auch nach Ablauf der Garantiezeit Gewährleistungsansprüche bei groben Verstößen gegen Grundsätze der Konstruktion, der Materialauswahl, der Fertigung und Montage o.ä. erhoben werden können. Dabei fällt besonders auf, daß das Gesetz keine absolute Zeitgrenze nennt. Auch kann hinsichtlich einer oberen Begrenzung nicht auf die allgemeinen Verjährungsfristen nach § 474 ZGB zurückgegriffen werden, da es sich hier um eine Garantiezeit handelt, und das ZGB bewußt Garantiezeit und Verjährung unterscheidet. Sollte die Vorschrift in der Praxis tatsächlich Anwendung finden, so wird sie eine erhebliche Belastung für das

Handwerk und die Industrie wie auch eine deutliche Rechtsunsicherheit darstellen.

Fällt das anspruchsbegründende Ereignis noch in die Garantiezeit, so ist die weitere Frage der Anspruchsverjährung nach den §§ 474, 475 Nr.1 ZGB zu prüfen. Grundsätzlich beträgt die Frist im vorliegenden Zusammenhang nach § 474 Abs.1 Nr.1 ZGB 6 Monate für die Gewährleistungsansprüche jeder Art. Im Hinblick auf § 474 Abs.1 Nr.3 ZGB ist zu bemerken, daß nach den §§ 179, 182 ZGB auch der Schadensersatzanspruch aufgrund von Gewährleistung ein Garantieanspruch ist, so daß hier ausschließlich Nr.1 der Vorschrift gilt. Nr.3 wäre etwa bei Verzugsschaden anzuwenden.

Besonders zu beachten ist dabei § 475 Nr.1 ZGB, wonach die Frist mit dem ersten Tag des auf die Geltendmachung folgenden Monats beginnt. Dafür verlangt § 185 Abs.1 ZGB, daß der Bürger seine Garantiesprüche unverzüglich nach Feststellung des Mangels, spätestens zwei Wochen nach Ablauf der Garantiezeit geltend macht. Als Generalklausel läßt § 472 Abs.2 ZGB zu, daß das Gericht auch nach eingetretener Verjährung einen Anspruch gewähren kann, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen, es im Interesse des Gläubigers dringend geboten erscheint und dem Schuldner zuzumuten ist. Das Fehlen einer Höchstfrist und die Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale tragen auch hier nicht zur Rechtssicherheit und Klarheit bei, zumal die Vorschrift ihrem Anwendungsbereich nach über die bekannten Fälle der Verwirkung der Verjährungseinrede hinausgeht.

2. Im innerstaatlichen Vertragsbereich der volkseigenen Betriebe u.ä. findet das bereits zitierte Vertrags-

gesetz (VG) Anwendung (86). Den sachlichen Geltungsbereich regelt § 1 VG, wie dies bereits oben gezeigt war. Auch hier besteht das Doppelsystem von Garantiezeit und Verjährung.

Nach § 42 Abs.1 VG beträgt die Garantiezeit generell 6 Monate, eine Regelung für Bauleistungen im einzelnen enthält das Gesetz nicht. Allerdings erweitert § 17 der 8. DVO zum VG vom 12. Januar 1972 (87) den Garantiezeitraum für Bauleistungen auf zwei Jahre, für Gegenstände, die nur angeschlossen werden, auf 12 Monate. Nach § 35 der Verordnung ist der Auftragnehmer unbegrenzt haftbar bei grober Verletzung der Pflicht zur qualitätsgerechten Leistung (88).

Die Verjährung wird in § 109 Abs.1 VG auf 6 Monate festgesetzt. Auch hier gilt als Verjährungsbeginn gemäß § 110 Abs.1 VG der erste Tag des auf den Tag der Mängelanzeige folgenden Monats. Nach § 87 Abs.3 VG muß der Besteller Mängel spätestens einen Monat nach Feststellung schriftlich rügen.

In § 108 Abs.3 VG befindet sich die dem § 472 Abs.2 ZGB entsprechende Generalklausel, wonach bei schwerwiegenden Gründen trotz Verjährung ein Anspruch geltend gemacht werden kann.

Für die Haftung des Herstellers bzw. Baubetriebes gelten daher drei Stufen :

- a) Der Mangel muß im Garantiezeitraum eingetreten sein.
- b) Der Besteller muß innerhalb eines Monats schriftlich gerügt haben.
- c) Die Verjährungsfrist seit der Rüge nach b) darf nicht abgelaufen sein.

(86) vgl. auch "Kommentierung zum Vertragsgesetz"

(87) GBl. II Nr. 5 S. 53; Text auch wie zuvor S. 662

(88) Eine Konkretisierung dieser Rechtsbegriffe enthält auch der staatliche Kommentar nicht, vgl. wie Fn. 86 S. 560

Durch Verfügungen des Ministeriums für Bauwesen sind die Rechtsetzungsbefugnisse nach § 42 Abs.1 VG u.a. für folgende Einzelfälle wahrgenommen worden :

Verfügung Nr. 7/8/70 betreffend Garantiefrist für Feuerungsarbeiten an Drehrohrofenanlagen,
Verfügung Nr. 8/72 betreffend 10-jährige Garantiefrist für besondere Dachflächen,
Verfügung Nr. 11/73 betreffend 7-jährige Garantiefrist für besondere Steildachprofilplatten

Das DDR - System enthält somit nicht mehr die Abgrenzung zwischen Bauwerksleistungen und sonstigen baulichen Leistungen; lediglich für komplette Neubauten besteht eine 5-jährige Garantie im privaten Vertragsbereich, eine zweijährige im innerstaatlichen Bereich. Im übrigen ist die gesamte Regelung unübersichtlich, z.T. sinnlos und bedenklich, da unklare Tatbestände geschaffen wurden, die eine erfolgsbezogene Auslegung zulassen. Bedeutsam ist die Aufteilung in eine Garantiezeit und eine Verjährungsfrist.

I. Zusammenfassung

Die Verjährungsregelungen des Auslands sind zunächst hinsichtlich der Länge der Verjährungsfristen sehr verschieden. In England gilt für alle Bauleistungen eine Frist von 6 Jahren, in Frankreich für die "gros ouvrages" sogar eine 10-jährige Frist. Dagegen sind in Österreich kurze Fristen von 6 Monaten für bewegliche Werke und 3 Jahren für unbewegliche Werke üblich. Im norwegischen Recht gilt für alle Bauleistungen eine 3-Jahresfrist.

Große Verschiedenheiten bestehen in der Differenzierung der Unternehmerleistungen. Die Regelungen der Schweiz und Österreichs unterscheiden dabei beweg-

liche und unbewegliche Werke. Das französische Recht stellt zum einen auf den Schadensgrad ab und setzt die Verjährung im Falle eines Gebäudeeinsturzes auf 10 Jahre fest. Zum anderen kommt es auf die Funktion der mangelhaften Bauleistung an. Für konstruktive Teile gilt ebenfalls eine 10-Jahresfrist, während die übrigen Teile einer zweijährigen Frist zugeordnet sind. In England und in den skandinavischen Staaten werden die Werkleistungen nicht differenziert geregelt. Der Vergleich macht deutlich, daß die Regelung des BGB im Verhältnis zum Ausland detailliert und relativ sachbezogen differenziert ist. Unterschiede im europäischen Recht bestehen auch zum Beginn der Verjährungsfrist. Die Mehrzahl der Regelungen berücksichtigt die Fertigstellung oder die Abnahme der Leistung als maßgeblichen Zeitpunkt (so Frankreich, Österreich, Schweiz, Norwegen, DDR). In den englischen und dänischen Rechtsgebieten beginnt die Frist erst mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme des betreffenden Mangels. Dies bedeutet eine faktische Verlängerung der Verjährungsfrist.

Aus den Besonderheiten des Auslands ergeben sich für eine Verbesserung der deutschen Regelung u.a. folgende Möglichkeiten :

1. Änderung der Fristenlänge
2. Besondere Berücksichtigung der konstruktiven Teile eines Bauobjekts wie etwa die "gros ouvrages" im französischen Recht
3. Einführung der sog. Verschleißklausel der DDR gemäß § 196 Abs.1 S.2 ZGB
4. Beginn der Verjährung ab Kenntnisnahme des Mangels

V. K a p i t e l : Historische Entwicklung

Da das RG und der BGH bei der Auslegung des § 638 auf die Materialien zum BGB hinweisen, erscheint eine Darstellung der historischen Entwicklung bis zur Schaffung des BGB geboten. Für die heutige Regelung ist dabei vor allem von Interesse, auf welche Weise und mit welcher Begründung eine Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Werken entstanden ist. Dies gilt auch für die Unterscheidung zwischen den Grundstücksarbeiten und den Bauwerksleistungen. Weiter interessiert die Frage, ob die heutige Regelung lediglich einem früheren Rechtssystem entnommen oder von den Kommissionen unter Berücksichtigung der am Ende des vergangenen Jahrhunderts bestehenden Wirtschaftsverhältnisse ausgearbeitet wurde.

Für die Zeit bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts lassen nur wenige Quellen erkennen, wie das rezipierte Römische Recht die Verjährung bauvertraglicher Gewährleistungsrechte geregelt hat. Bielitz (1) spricht von einer generellen 15-jährigen Gewährleistungszeit und

(1) S. 722

führt als Beleg die Stelle des corpus iuris civilis codex Bd.VIII, 11 (de operibus publicis) Absatz 8 an. Er erkennt dabei, daß nach dieser Belegstelle die genannte Frist nur für öffentliche Bauten gilt, so daß für private Bauten kürzere Fristen vermutet werden können. Sowohl für den eingangs genannten Zeitraum als auch später für das gemeine Recht ist es nahezu unmöglich, eine klare Übersicht zu geben. Bemerkt sei nur, daß der Gewährleistungsfrist teilweise eine andere Funktion zugedacht wurde. So soll nach Danz (2) der Ablauf der Frist dazu führen, daß der Käufer - oder Bauherr - beweisen muß, daß der behauptete Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bestand.

1. Im Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs (AGB) für die preußischen Staaten von 1784-1788 wurde erstmalig gesetzlich eine Verjährungsfrist für den vorliegenden Komplex aufgenommen. Im Teil II, Abtlg.II, Titel VIII, Abschnitt VIII (3) betreffend die "Veräußerung der Sachen gegen Handlungen, oder der Handlungen gegen einander" sah § 691 vor, daß der Werkmeister nach vollendetem Bau für diejenigen Fehler haftet, welche sich erst nach der Übergabe offenbaren; hinsichtlich der

(2) S. 178

(3) Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Sachenrecht Teil II, Abtlg.II S. 334

Einzelheiten verweist die Vorschrift auf das Kaufrecht. Der im gleichen Titel VIII enthaltene § 214 führt zu den allgemeinen Vorschriften für Verträge in Teil II Titel II. Dort enthält § 244 eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren für Landgüter, von einem Jahr für städtische Grundstücke und von drei Monaten für bewegliche Sachen. Wenn auch die Dauer der dreijährigen Frist für Landgüter auf die zeitgemäße Dreifelderwirtschaft zurückzuführen war (4), so ist dadurch noch nicht geklärt, ob es bei Bauten auf deren städtische bzw. ländliche Lage ankommen soll. Es war hier für Bauten allgemein eine dreijährige Frist anzunehmen, da Landgüter begrifflich das Vorhandensein von Anwesen voraussetzen (5), während eine kaufrechtliche Gewährleistung auch für unbebaute, städtische Immobilien möglich ist. Schließlich ist nicht ersichtlich, daß etwa auf dem Lande qualitativ anders gebaut wurde. Es ist daher eine dreijährige Frist anzunehmen. Offensichtlich von diesem Ergebnis ausgehend wurde, nachdem der Entwurf zum AGB zwar 1791 als Gesetz verkündet, 1792 jedoch von Friedrich Wilhelm II. aufgehoben und schließlich ganz aufgegeben war (6), im Allgemeinen Landrecht (ALR) für die preußischen Staaten von 1794 eine baurechtliche Gewährleistungsfrist von drei Jahren, für Mängel der verwendeten Materialien sogar von 30 Jahren normiert, wie sich aus §§ 968, 969 Erster Teil, 11. Titel, 8. Abschnitt sowie § 546 Erster Teil, 9. Titel, 9. Abschnitt ergibt (7). Da das Landrecht nicht - wie später üblich - von einem

(4) Koch S. 250 Fn. 53

(5) ebenda

(6) Hattenhauer S. 22, 27

(7) vgl. zum Gesetzestext Fn. wie zuvor S. 162, 123; im Ergebnis streitig siehe Förster/Eccius aaO S. 284 sowie die Angaben in "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches" 1882, Recht der Schuldverhältnisse, Material betr. Werkverdingung... S. 167

Parlament mit protokollarisch festgehaltenen Beratungen, sondern von verschiedenen Rechtsgelehrten, insbesondere Carmer und Svarez geschaffen und vorgelegt wurde, erscheint es heute kaum als möglich, eine Begründung speziell für die Einführung der gesetzlichen Frist von drei Jahren zu finden (7a).

Allerdings läßt die anschließend ergangene Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals in Berlin gewisse Schlüsse zu. Aus der Formulierung "Regeln der Kunst" folgert die Rechtsprechung für § 963 ALR, daß die kurze dreijährige Frist nur für Bauunternehmer gilt, die auch Sachverständige bzw. Baumeister im engeren Sinne sind (8). Es wird deutlich, daß das Gesetz gerade im Vertrauen auf die Fähigkeiten und das korrekte Verhalten der Baumeister einen geringeren Schutz der Bauherren für notwendig erachtete und einen Zeitraum von drei Jahren für genügend ansah. Diese Logik wäre zur heutigen Zeit der kurzlebigen Baufirmen, in der oft für jedes einzelne Bauvorhaben eine oder mehrere Bau-gesellschaften in weniger seriöser Form aus steuerlich- und haftungsrechtlichen Motiven gegründet werden, völlig verfehlt; eher umgekehrt wird heute dem sachkundigeren Unternehmer oder Leistenden schlechthin eine strengere Haftung auferlegt (8a).

- (7a) auch die zur Erläuterung des PrALR abgehaltenen Vorträge (amtliche Vorträge und die sog. Kronprinzenvorträge) enthalten hierzu keine Ausführungen; vgl. Svarez S. 13, 41; Conrad / Kleinheyer S. 269 ff.
- (8) vgl. Urteil v. 6.7.1371 in Striethorst Bd.82 S. 243 (25o) und Koch aaO S. 34o Fn. 66
- (8a) vgl. etwa die vom BGH hervorgehobene Vertrauenshaftung des sachkundigen Gebrauchtwagenhändlers BGH 63, 382, NJW 77, 1914

Für das preußische Privatrecht des 19. Jahrhunderts ist zusätzlich zu beachten, daß eine Gewährleistung für Sachmängel nicht nur im besonderen Obligationenrecht, wie es zuvor dargestellt wurde, vorgesehen war. Im Ersten Teil, 5. Titel ("von Verträgen") enthält § 343 eigene Gewährleistungsfristen für die Übernahme von Sachen, die bei Landgütern drei Jahre, bei städtischen Grundstücken ein Jahr und bei beweglichen Sachen 6 Monate betragen. Wenn auch das Königliche Ober-Tribunal in der bereits zitierten Entscheidung festgelegt hat, daß diese zuletzt genannten Vorschriften nicht auf den Bauvertrag anzuwenden sind (9), da sie sich ausschließlich auf die Übertragung von Eigentum beziehen und auch vom Ergebnis her gesehen zu unververtretbaren Resultaten führen würden, so sei doch auf das später von dem preußischen Justizminister v.Kamptz 1839-1842 als Entwurf ausgearbeitete "Bürgerliche Gesetzbuch" hingewiesen, in dem erstmalig in der allgemeinen Gewährleistung eine abstrakte Trennung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen aufgenommen wurde. In dem nicht in Kraft getretenen Entwurf (3. Teil, 1. Abtlg., § 329) galt eine Frist von drei Jahren bzw. 6 Monaten (10). Wegen der Ablösung v.Kamptzs durch Savigny wurde für das besondere Obligationenrecht ein Revisionsentwurf zwar erarbeitet, nicht aber veröffentlicht (11). Immerhin zeigt sich, daß das preußische Recht mit unbeweglichen Sachen eine dreijährige Frist verband, und offensichtlich auch keine Notwendigkeit damals bestand, die bauvertragliche Gewährleistungsfrist von drei bzw. 30 Jahren abzuändern. In der ge-

(9) vgl. das Urteil S. 251

(10) Bürgerliches Gesetzbuch für die Preußischen Staaten 1839-1842, 3. Teil, 1. Abtlg. S. 37

(11) v.Kamptz Jahrbuch Bd. 60 S. 108 f.

nannten Entscheidung führt das Königliche Ober-Tribunal (12) aus, daß die für die Eigentumsübertragung von unbeweglichen Sachen gültige Dreijahresfrist bei Bauwerken hinsichtlich der verwandten Materialien unzureichend wäre, da sich häufig erst nach längerer Zeit Fehler dieser Materialien herausstellten.

2. Für die linksrheinischen Gebiete traf der französische Code civil in den heute noch geltenden Artikeln 1792 und 2270 eine ausdrückliche Verjährungsregelung für den Baubereich. Für den Einsturz wie auch die "Hauptbaue" - also die Hauptteile eines Bauwerkes - hatte der Unternehmer 10 Jahre einzustehen (13). Lange blieb die Frage ungeklärt, welcher Gewährleistungszeit die untergeordneten Bauteile angehören. Durch das Gesetz vom 3. 1. 1967 wurde dann eine zweijährige Frist eingeführt (14). Auffällig ist hier auch, in welcher umstrittener Weise der Code civil für die linksrheinischen Gebiete übernommen bzw. übersetzt wurde. Während bei Erhard (15) der Art. 2270 C.c. nur in Ansehung der "Hauptbaue" gilt, will Zachariä (16) Art. 2270 C.c. für große Reparaturarbeiten, Art. 1792 C.c. für neue Konstruktionen anwenden. Cretschmar (17) schränkt den Art. 2270 C.c. wieder auf Hauptbauten ein.

3. In dem bürgerlichen Gesetzbuch von 1863 für das Königreich Sachsen war für den Werkvertrag keine Gewährleistungszeit normiert (vgl. §§ 1243-1253 des BGB Sachsen). Lediglich in der Abteilung betreffend die

(12) S. 251 a.E.

(13) Cretschmar S. 463

(14) vgl. oben S. 41

(15) Erhard S. 621

(16) Zachariä S. 588 Anm. 2

(17) S. 463

"Forderungen im allgemeinen" legt § 923 eine kurze Gewährleistungszeit von 6 Monaten für bewegliche, bzw. einem Jahr für unbewegliche Gegenstände fest.

Die Literatur weist hierbei jedoch darauf hin, daß diese kurze Frist bei Verdingungsverträgen nur insoweit gilt, als sie Übereignungen betrifft (18). Da die Verbesserung - heute Nachbesserung - als Naturalerfüllung angesehen wurde, führte dies in Verbindung mit § 1016 BGB in Sachsen praktisch zu einer 30-jährigen Gewährleistung (19).

4. Im Gegensatz dazu enthielt der nicht in Kraft getretene "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern" von 1860 eine genauere Verjährungsregelung (20). Nach Art. 530 erlöschen die Ansprüche des Bestellers wegen Baufälligkeit oder Einsturz eines Bauwerkes mit Ablauf von 5 Jahren, gerechnet ab Übergabe. Für die sonstigen Mängel galt für unbewegliche Sachen gemäß Art. 520 eine Frist von einem Jahr.

Der genannte Entwurf verwendet erstmalig nicht nur die werkvertragliche Terminologie, wie sie später im Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reiches auftaucht, sondern auch die späteren Fristen von einem bzw. 5 Jahren.

In den Motiven zum genannten Entwurf (21) wird die Einführung der kurzen Verjährungsfristen damit begründet, daß der Besteller nach der Abnahme des Werkes in der Lage sein soll, auch solche Mängel und Abweichungen zu entdecken, deren Wahrnehmung ihm im Augenblick der Abnahme auch bei gehöriger Sorgfalt nicht möglich war.

(18) Siebenhaar Komm. zu § 1247

(19) ebenda

(20) vgl. "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern nebst Motiven"

(21) S. 169 zu Art. 520

Desweiteren soll die Schwierigkeit möglichst gering gehalten werden, den Zustand feststellen zu müssen, der im Zeitpunkt der Abnahme bestand. Die den Entwurf erarbeitende Kommission hat damit zwei Gedanken offen-gelegt, die noch unten bei der Behandlung der heu-tigen Regelung von großer Bedeutung sein werden. Für die 5-jährige Frist bei Baufälligkeit bzw. Einsturz beruft sich die Kommission (22) zunächst pauschal auf die besonderen Verhältnisse bei Bauwerken, führt je-doch zugleich im einzelnen dazu aus, daß eine Prüfung der inneren Konstruktion und der verwendeten Materia-lien oft nur nach längerer Zeit oder unter teilweiser Zerstörung des Bauwerkes möglich sei. Offensichtlich ging die Kommission von der Regelung des Code civil aus, was auch aus der Differenzierung der Fristen nach dem eingetretenen Schaden ersichtlich wird. Ebenso vermerkte sie in den Motiven, daß statt der 10-jähri-gen eine 5-jährige Frist genüge (23).

5. Auch der gemeinsame Dresdner Entwurf über Schuld-verhältnisse - vorgelegt 1866 - trat nicht in Kraft.

Im Besonderen Teil (Art. 634-655) ist zwar eine um-fangreiche werkvertragliche Normierung enthalten, Ge-währleistungsfristen sind jedoch dort nicht aufgenom-men, so daß der Entwurf hier zunächst nicht weiter von Interesse ist.

(22) S. 169 zu Art. 530

(23) wie zuvor

6. Die für den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich am 2. Juli 1874 eingesetzte Kommission legte 1879 fünf Teilentwürfe vor, deren Systematik der späteren Einteilung des BGB in die fünf Bücher entsprach. Da der für das Schuldrecht verantwortliche Redaktor, Obertribunaldirektor von Kübel, schwer erkrankt und schließlich über der Kommissionsarbeit verstorben war, sah sich die Kommission gezwungen, für das zweite Buch im wesentlichen den Dresdner Entwurf von 1866 zu übernehmen (24). Im Hinblick auf die Einführung einer speziellen werkvertraglichen Gewährleistungsfrist, die dem Dresdner Entwurf fehlte, gab es bereits zuvor bei den Verhandlungen des Dresdner Entwurfs widerstreitende Ansichten (25). Ein Antrag, für Bauwerke eine 5-jährige Frist aufzunehmen, scheiterte schließlich zweimal, nicht zuletzt wegen der befürchteten Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Begriff "Bauwerk".

Dennoch konnte sich die 1880 zur Beratung der Teilentwürfe gebildete Gesamtkommission entschließen, bei der Vorlage ihres Entwurfs 1885 in einem neuen § 564 die auch heute noch geltenden Fristen aufzunehmen (26). Für die erste Lesung dieses Entwurfs Ende 1887 erhielt diese Vorschrift bei gleichem Inhalt den Platz des § 571 (27). Die dazu amtlich herausgegebenen Motive (28) lassen erkennen, daß die Einführung der Fristen auch auf die Regelung zurückzuführen war, wonach die Abnahme oder Hinnahme eine Billigung des Werkes bedeutete, und wonach mit dieser Abnahme - und nicht etwa mit der Entdeckung des Mangels - der Lauf der Fristen

(24) Bierhaus S. 69/70

(25) Prot. zum Dresdner Entwurf S. 2336 f. , 2340

(26) vgl. Entwurf, Erste Berathung 1885 Bd. 10

(27) ebenda Bd. 11

(28) Mot. II S. 486 ff.

einsetzt. Dazu weist die Kommission auf die zum Kaufrecht vorgelegte Begründung hin, wonach die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach längerer Zeit kaum möglich und für den Verkehr die Zulassung solcher Mängelansprüche aus früherer Zeit in höchstem Grad lästig und hemmend sein soll (29). Ergänzend wird in den Motiven auf die ähnlich lautende Regelung anderer Rechtssysteme Bezug genommen. Zur Frage der Fristenlänge behauptet die Kommission zunächst pauschal, die festgesetzten Fristen seien angemessen. Der überaus theoretische Arbeitsstil zeigt sich darin, daß die Kommission angibt, es sei Sache des Bestellers, sich eine geräumigere Frist auszubedingen, wenn die gesetzliche Frist im konkreten Fall zu kurz sei (30).

Die Kommission übersah dabei, daß das Gewährleistungssystem mit der Verjährungsregelung einen gerechten Interessenausgleich schaffen soll, wonach einerseits der Besteller versteckte Mängel auch später nach Abnahme noch geltend machen kann, andererseits der Unternehmer nur eine zumutbare Zeit haftbar gemacht werden soll. Wenn dieses System im konkreten Fall, wie von der Kommission angedeutet, nicht passen sollte, so kann der Gesetzgeber den Besteller nicht schutzlos stellen. da oft wirtschaftliche Verhältnisse eine für den Besteller günstigere einzelvertragliche Regelung verhindern. Gerade für den wirtschaftlichen Interessenkonflikt zwischen Unternehmer und Besteller ist die Gewährleistung erfreulicherweise exakt und detailliert im Gesetz geregelt, sie muß wegen ihrer ausgleichenden Funktion genauso die besonderen Fälle zutreffend regeln, wobei dieses Erfordernis nicht nur zugunsten

(29) Mot. II S. 238

(30) Mot. II S. 488

des Bestellers sondern genauso auch zugunsten des Unternehmers zu gelten hat. Indem die Kommission nur die vertragliche Verlängerung, nicht aber eine Verkürzung erwähnt, läßt sich die Vermutung aufstellen, die Kommission habe die gesetzten Fristen eher als zu kurz als zu lang empfunden. Speziell für Bauwerke begründet die Kommission die längere Frist damit, daß sich Mängel der Konstruktion und des Materials bis zu 5 Jahren, nicht aber darüber hinaus zeigten (31). Insbesondere Einstürze seien nach noch längerer Zeit meist auf andere als Herstellungsfehler des Unternehmers zurückzuführen. In keiner Weise angedeutet ist die Frage, wie den bei der Schaffung des Dresdner Entwurfs beachteten Abgrenzungsschwierigkeiten zu begegnen ist, und wie vor allem Reparatur- und Teilarbeiten an Bauwerken zu behandeln sind. Allein die Tatsache, daß die Kommission für die 5-jährige Frist immer den Fall des Einsturzes wie auch Vorschriften anderer Rechtssysteme heranzieht, die sich bereits dem Wortlaut nach nur auf den Fall des Einsturzes eines insgesamt neu errichteten Bauwerkes beziehen (32), läßt die vorläufige Vermutung zu, daß der Zeitraum von 5 Jahren nicht für die Reparatur- bzw. Teilarbeiten gelten sollte.

Auch die umfangreiche Kritik Gierkes beschränkt sich hinsichtlich der hier anstehenden Vorschrift auf Fragen des Rücktrittsrechts, behandelt aber nicht die Fristenregelung selbst (33).

(31) Mot. II S. 489

(32) so Art. 530 Bayerr. Entwurf; Art. 1792, 2270 C.c.

(33) Gierke S. 248 Anm. 1 ; vgl. die weiteren Literaturangaben in "Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen" S. 316 ff.

Ebensowenig enthalten die Protokolle der Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs in den Jahren 1894/95 wesentliche Erläuterungen (34). Der nun bei § 576 untergebrachte Text wurde ohne ersichtlichen Grund für die einjährige Frist insoweit geändert, als das Bezugsobjekt nicht mehr "unbewegliche Sache" sondern "Arbeit am Grundstück" benannt wird. Offensichtlich ist dieser redaktionellen Änderung keine Bedeutung zuzumessen, da gleichfalls in der kaufrechtlichen Verjährungsregelung der Begriff "unbewegliche Sache"-durch "Grundstück ersetzt wurde (35). Damit wird auch hier die Hoffnung enttäuscht, die Kommission habe die Abgrenzungsschwierigkeiten gesehen und reduzieren wollen. In dem 1896 dem Reichstag vorgelegten, endgültigen Entwurf war die maßgebliche Regelung als § 628 untergebracht. Die gleichfalls verfaßte Denkschrift der Kommission (36) weist für die Einführung der kürzeren Verjährung wiederum nur auf das Kaufrecht hin. Für die Länge der Fristen bezieht sich die Kommission ebenfalls auf die Normen anderer Rechtssysteme.

Insgesamt ist daher für die Entstehung der heutigen Regelung des BGB festzustellen, daß sowohl generell die Einführung der kurzen Verjährung mit der objektbezogenen Dreiteilung, als auch speziell die normierten Fristen selbst auf vorangegangenes Recht und nicht auf eigene, von Überzeugung getragene Ideen zurückzuführen sind. Die Kommissionen hatten zwar anfangs die Abgrenzungsschwierigkeiten, wie sie heute bestehen, erkannt, trotzdem aber schwer abzugrenzende Begriffe geschaffen, ohne genauer anzugeben, wel-

(34) Prot. II S. 221o ff.

(35) vgl. § 397 der 1. Lesung, § 413 der 2. Lesung

(36) Denkschrift zum Entwurf 1896 S. 125

che Überlegungen zur Einführung dieser Begriffe gedient haben.

Nur die Tatsache, daß mehrmals auf spezifische Vorschriften anderer Systeme hingewiesen wird, läßt gewisse Vermutungen zu. So betreffen insbesondere Art. 53o des bayerischen Entwurfs und Art. 1792,227o C.c. die Haupterrichtung bzw. den Einsturz eines kompletten Bauwerkes.

Aber nicht nur die Kommissionen, auch ihre Kritiker sahen keine Veranlassung, die Probleme anzusprechen und gegebenenfalls Gegenvorschläge einzureichen. So war es kaum verwunderlich, daß sich eine Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs entwickelt hat, die sehr zersplittert sowie widersprüchlich ist und notwendigerweise nur auf den Einzelfall angewendet werden kann.

Allerdings war die Problematik zur damaligen Zeit der Ausarbeitung des BGB von nicht so praktischer Bedeutung wie heute. Die Bauindustrie hat vor allem erst nach dem II. Weltkrieg ihren starken Anteil an der Gesamtindustrie übernommen.

VI. K a p i t e l : Die richtige Auslegung des § 638

A. Die dogmatischen Besonderheiten des § 638

Nachdem in den vorausgegangenen Kapiteln die Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung des § 638 kritisch gewürdigt und die Verjährungsregelung anderer Länder sowie die Entstehungsgeschichte der Bestimmung dargestellt wurde, soll nunmehr näher untersucht werden, welche Bedeutung der Vorschrift tatsächlich zukommt.

Wie ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gezeigt hat, hat der Gesetzgeber mit der Regelung der Fristen von einem halben Jahr und einem Jahr lediglich die für das Kaufrecht geltenden Fristen übernommen. Die lange Verjährungsfrist von fünf Jahren für Arbeiten am Bauwerk sollte hingegen der Tatsache Rechnung tragen, daß sich Mängel am Bau regelmäßig spät herausstellen. Da eine klare Bestimmung dessen, was Arbeiten am Bauwerk sind, weder aufgrund des gesetzlichen Wortlauts, noch - wie bereits dargelegt - unter Heranziehung der Kriterien des § 94 möglich ist, kommt dem Gedanken der Späterkennbarkeit bautypischer Fehler entscheidendes Gewicht zu. Es ist daher zu fragen, welche Fehler sich gewöhnlich innerhalb von fünf Jahren herausstellen. Hierfür gibt die bereits oben dargestellte Statistik für Nordrhein-Westfalen bedeutsame Hinweise. Folgt man den statistischen Angaben, so stellt sich bereits im Zeitraum von zwei Jahren nach Abnahme des Bauwerks regelmäßig der weitaus größte Teil der Mängel heraus.

Zu den typischen Risiken im Baubereich, die als wesentlichste Faktoren in hohem Maße Schäden verursachen und erst nach längerer Zeit zu erkennen sind, gehören:

1. Statische Probleme wie etwa bei der komplizierten Berechnung und Herstellung von Säulen, Pfeilern, Spannbetondecken, Dach- und Stahlkonstruktionen, Brücken u.a. - überhaupt von konstruktiv tragenden Elementen, bei denen Brüche, Einstürze oder Risse auftreten können.
2. Feuchtigkeitsprobleme, die von außen herangetragen werden, insbesondere bei den heute üblichen Flachdächern, Balkonen, Fundamentpartien mit Grundwasserberührung u.a.
3. Probleme der Außenhaut wie Putzabfall, Ziegelbruch mit Ausnahme der wegen Verschleiß im Rahmen üblicher Instandsetzungsarbeiten zu beseitigen Schäden.
4. Baustoffprobleme durch die Verwendung neuer Kunststoffe und sonstiger Werkstoffe, deren Haltbarkeit und Eigenschaften insgesamt noch nicht abschließend erforscht sind wie etwa Alu-Fassadenverkleidungen, PVC-Fensterflügel, Schlauchleitungen für Be- und Abwasserleitungen innerhalb und außerhalb von Hochbauten, synthetische Schutzschichten und Anstriche u.a.

Diese einzelnen Bereiche stehen nicht separat nebeneinander, sondern betreffen verschiedene Ebenen. So kann etwa die Verwendung eines noch nicht abschließend erprobten Werkstoffes zu konstruktiven Risiken der Gruppe 1. führen. Ebenso kann ein statischer Mangel Grundwasserschäden zur Folge haben. Maßgeblich ist jeweils das auslösende Moment, nicht dagegen, in welchem Bereich sich der Defekt niedergeschlagen hat.

Das in § 13 Nr.4 VOB/B aufgenommene Risiko von Holzerkrankungen hat zum einen wegen der stark reduzierten Verwendung von Holz - zumindest in Bereichen, in denen die befürchteten Erkrankungen auftreten können - an Bedeutung verloren. Zum anderen wird sich kaum ein über die Dauer eines Jahres hinausgehendes Späterkennbarkeitsrisiko feststellen lassen. Die Dauer gerade eines Jahres ergibt sich aus der später noch darzulegenden Verlängerung der Grundfrist de lege ferenda auf ein Jahr (1). Auch das Risiko bezüglich der vom Feuer berührten Teile ist nicht allein bauspezifisch, da auch sonstige Maschinen oder Anlagen dieser thermischen Beanspruchung ausgesetzt sind wie etwa Teeraufbereitungsanlagen auf LKW-Fahrgestellen, schlechthin jeder Verbrennungsmotor sowie nicht fest eingebaute Herde oder Verbrennungsanlagen.

Die dargestellte Gruppierung zielt in ähnliche Richtung wie die Zusammenstellung bei v.Craushaar über die Elemente bauspezifischen Risikos (1a). Alle anderen Probleme bzw. Mängelbereiche, die am Bau zu Schäden führen, kommen in der sonstigen Industrie - auch im Bereich der werkvertraglichen Herstellung - in gleichem Maße vor oder sind gegebenenfalls unter dem Problem der Abnahme oder des Fristbeginns zu berücksichtigen.

Die Behandlung der unter 1. bis 4. aufgezeigten Risikogruppen entspricht auch den statistischen Erkenntnissen.

(1) s. unten S. 131 f.

(1a) S. 995 f.

Allerdings können auch hier die zitierten Erhebungen nicht verallgemeinert werden. Die statistische Untersuchung für NRW zeigt als größte Gruppe die Schäden an Wänden (41,79 %) durch Abplatzungen, Aufwölbungen und Risse. Die Kosten der Beseitigung dieser Schäden machen allein 43,5 % der Gesamtschädenbeseitigung aus (2). Gefolgt wird diese Gruppe von den Durchfeuchtungen bei 308 von insgesamt 979 Fällen, also etwa 32 % (3). Die danach verbleibenden Schadensgruppen werden angeführt von den Rißschäden größerer Klaffung mit 170 von 979 Fällen, also etwa 17 %. Die sonstigen Gruppen weisen wesentlich geringere Prozentsätze auf, so daß ihnen lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt.

Putzschäden, Aufwölbungen, Abplatzungen u.a. sind Vorgänge, die einerseits auf statische Belastung bzw. Spannungen, andererseits auf mangelnde Qualität des Putzes selbst zurückgeführt werden können. Solange ersteres der Fall ist, unterliegt die Leistung des Verputzens als Folgeleistung dem Schutzbereich 1. . Zusätzlich ist aber gerade für die Außenhaut eines Vorhabens, also die Dachflächen, den Verputz u.a. - nicht aber den reinen Anstrich - ein besonderer Schutz wegen der möglichen Substanzoffenlegung erforderlich (4). Vor allem aber liegt hier ein Arbeitsbereich vor, der nur im Bauwesen vorkommt. Im Gegensatz zu den Putzarbeiten, Dachflächen und ähnlichen massiven Teilen der Außenhaut geht man beim Anstrich davon aus, daß dieser regelmäßig und

(2) vgl. die auf S.1 Fn.2 zitierte Untersuchung, daselbst S. 52 Tab. 8; S.55 Tab. 9a; S.57 Tab. 10

(3) wie zuvor S.56, 57 Tab. 10

(4) für die Nachbesserung von Putzrissen hat der BGH in BauR 71, 54 f. ausdrücklich hervorgehoben, daß sich Mängel dort erst nach längerer Zeit herausstellen können.

laufend erneuert werden muß. Zudem sind der Witterung ausgesetzte Anstriche und Lackierungen auch außerhalb der Bausphäre häufig. Zeigen sich etwa nach 7 Monaten Mängel einer Autolackierung, so sind Gewährleistungsansprüche verjährt. Anstricharbeiten fallen daher nicht unter die Gruppe 3.

2. Für die Auslegung des § 638 Abs.1 S.1 stellt sich nunmehr die Frage, ob alle oben genannten Risikogruppen dem Schutz der 5-jährigen Verjährungsfrist unterfallen (5).

Nach dem sich aus der Gesetzgebungsgeschichte ergebenden Willen des Gesetzgebers (5a) soll die lange Verjährungsfrist jedenfalls für die statischen Risiken gelten. Hingegen sind die Feuchtigkeits-, Außenflächen- und sonstige Risiken in den Materialien nicht erwähnt. Sie waren allerdings zur damaligen Zeit nicht im heutigen Umfang bedeutsam. Es ist daher zu prüfen, ob diese Risiken bzw. die damit behafteten Leistungsteile den Schutz der verlängerten Frist von 5 Jahren benötigen. Nach dem Wortlaut des § 638 (6) würden auch diese Risikogruppen dem Schutzbereich der 5-jährigen Gewährleistung angehören, wobei auf eine sprachliche Besonderheit des Gesetzestextes hinzuweisen ist. Für die 6-monatige Frist nennt das Gesetz kein Bezugsobjekt. Die hM müßte hier etwa den Begriff "bei beweglichen Sachen" einfügen. Bei den anderen Fristen spricht das Gesetz einerseits (1Jahr) von Arbeiten "an" dem jeweiligen Bezugsobjekt, andererseits (5

(5) Wie bereits oben - S.22 f. - gezeigt, kann die Auslegung des Begriffes "Bauwerk" in § 648 nicht bei der Auslegung des § 638 herangezogen werden, da die Vorschrift des § 648 nur eine Sicherung des Unternehmers für erbrachte Leistungen und eingefügte Materialien bezweckt. Diese Funktion steht in keinem Zusammenhang mit der Behandlung des Späterkennbarkeitsrisikos

(5a) vgl. oben S. 81

(6) Larenz, Methodenlehre S. 307

Jahre) nur von dem Bezugsobjekt selbst, formuliert also nicht etwa "bei Arbeiten an einem Bauwerk". Dies ließe zunächst sprachlich den Schluß zu, daß der Gesetzgeber nachträgliche oder einzeln in Auftrag gegebene Arbeiten überhaupt nicht der 5-jährigen Frist zuordnen wollte, da er sonst formuliert hätte "...bei Bauwerken und Arbeiten an solchen in fünf Jahren.". Dagegen ließe sich einwenden, dieser im Gesetz enthaltene Unterschied sei erforderlich, weil im Rahmen eines Werkvertrages die Bearbeitung, nicht aber die Herstellung eines Grundstückes möglich ist, so daß der Gesetzgeber das Wort "bei", das für die Bauwerke sowohl Herstellung als auch Bearbeitung bedeute, für die Grundstücke durch "Arbeiten am ..." ersetzen konnte. In der Entscheidung zu den Legebatterien vom 16.06.1977 (7) führt der BGH erstmals den Begriff "Arbeit bei Bauwerken" ein, der so im Gesetz nicht genannt wird. Vermutlich sind diese sprachlichen Erwägungen rückblickend gesehen nicht zulässig. Die Kommissionen werden sich wahrscheinlich keine konkreten Textgedanken zur Systematik gemacht haben. In den Materialien ist an keiner Stelle entsprechendes vermerkt, so daß für die Teil- und Bearbeitungsarbeiten eine Anwendung der 5-jährigen Frist vom Wortlaut her nicht entfällt. Dieses vorläufige Ergebnis bedarf jedoch einer Überprüfung, ob es tatsächlich den Absichten des Gesetzgebers entsprach. Eindeutig hat sich keine der Kommissionen über sonstige Risiken außerhalb des Einsturzes Gedanken gemacht (3). Hinsichtlich der Risikogruppe 4. war dies ohnehin kaum möglich, da diese Gruppe zur damaligen Zeit überhaupt nicht bedeutsam war. Wie oben im historischen Teil erläutert, wurden die Gewährleistungsfristen des Kaufrechts auf das Werkvertragsrecht übertragen und für den Baubereich aufgrund

(7) BGH NJW 77, 2361

(8) so auch Heiermann BB 77, 961 a.E.

sonst in anderen Rechtssystemen geltenden Fristen verlängert bzw. angeglichen (9).

Es bleibt zu untersuchen, ob die Risikobereiche 2. und 3. der 5-jährigen Gewährleistung zu unterstellen sind. Die zitierte Statistik zeigt, daß die Risikobereiche 2. bis 4. überwiegend nach zwei Jahren aufgedeckt sind; wenn auch dieser Zeitraum länger als die sonst maßgebliche einjährige Frist ist, so reicht dies nicht aus, um die Besonderheit der 5-jährigen Frist anzunehmen. Sicherlich würde sich im Zuge einer Gesetzesänderung eine mittlere Frist empfehlen. Allerdings darf die Statistik, die nur eine Hilfe bei der Auslegung des Gesetzes darstellt, nicht allein Maßstab sein. Denn sie weist nur darauf hin, worauf das wirtschaftliche Interesse des Bauherrn zielt; es müssen aber auch Belange des Unternehmers Beachtung finden. Die Zeitschädenstatistik kann daher keine objektive Wertskala sein, an der der richtige Gewährleistungszeitraum abzulesen ist.

In besonderen Fällen muß beachtet werden, daß der Bauunternehmer dann ein besonderes Interesse an einer kürzeren Frist hat, wenn der Bauherr Sicherheitsbeträge einbehalten durfte, und ein mangelfreies Werk erstellt wurde. Haben die Parteien die Verzinsung des Einbehalts vereinbart, so fehlt dem Unternehmer lediglich die Dispositionsfähigkeit über den Einbehalt. Anderenfalls entstehen Zinsverluste, deren Höhe von der Länge der Verjährungsfrist abhängt.

(9) s.o.S. 23; weshalb Daub in Die Bauverwaltung 69, das Gegenteil behauptet, ist nicht ersichtlich.

(10) Larenz, wie zuvor S. 322

Ein weiterer Faktor war bereits oben (11) genannt, bei dem es auf Seiten des Bauunternehmers darum ging, daß dieser zusätzlich während der Gewährleistungszeit darauf vorbereitet sein muß, eine vom Bauherrn verlangte Nachbesserung organisatorisch selbst vornehmen zu können. Zwar sind bei der Frage, wie häufig ein Unternehmer selbst nachbessert, die Fälle kulanter Nachbesserung abzuziehen, da dort nicht geklärt wird, ob eine Gewährleistungspflicht überhaupt bestand. Aber für den verbleibenden Anteil begründeter Nachbesserung muß berücksichtigt werden, daß der Unternehmer dort, wo nicht er, sondern eine andere Firma die Mängelbeseitigung vornimmt, den Unternehmergewinn seines Konkurrenten tragen muß, den er bei eigener Nachbesserung einsparen würde. Dies gilt insbesondere in Zeiten angespannter Konjunktur.

In steuerlicher Hinsicht erlangt die Gewährleistung und die dabei erbrachte Ersatzleistung ebenfalls besondere Bedeutung. Zunächst betrifft dieser Bereich nur allein die finanzielle Position des Unternehmers, so daß dessen subjektives Interesse unbeachtlich sein könnte. Die vorliegende Untersuchung will jedoch neben juristischen Einzelheiten auch die wirtschaftlichen Auswirkungen berücksichtigen, da eine praktisch befriedigende Lösung erforderlich ist. War der Unternehmer verpflichtet, Gewährleistung zu erbringen, so kann er diese Ersatzleistungen - entweder als Geldleistung direkt oder als persönliche Leistung bewertet - im Jahre der Leistung gemäß § 5 EStG seinen sonstigen Einnahmen als Ausgaben entgegensetzen (12). Bei einer 5-jährigen Gewährleistungsfrist und den Fällen,

(11) vgl. oben S. 16

(12) Herrmann/Heuer § 5 Anm. 61 E 409.

in denen der Unternehmer nach 5 oder 6 Jahren Ersatzleistungen nachschieben muß, bedeutet dies, daß der Unternehmer für diesen Zeitraum Steuerbeträge als zinsloses Darlehen der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt hat. Steuerliche Rückstellungen, gedacht für derartige Verhältnisse, sind für nachträgliche Gewährleistungen nach der Rechtsprechung des BFH nur dort zulässig, wo eine Forderung, wenn auch dem Grund und der Höhe nach ungewiss, geltend gemacht wird. Eine Rückstellung allein wegen der abstrakten Möglichkeit und Üblichkeit von Gewährleistung ist daher nicht möglich (13).

Da aber im Rahmen der Diskussion der Verjährungsfrist immer davon auszugehen ist, daß der Mangel zunächst nicht erkannt wird, liegt hier in der Regel eine steuerliche Belastung des Unternehmers vor. Gerade die 5-jährige Frist ist daher für den Bauunternehmer wegen der langen Unsicherheit und Unklarheit nur in Ausnahmefällen zuzumuten. Für eine begrenzte Anwendung der 5-jährigen Frist sprechen auch folgende Überlegungen:

Die 10-fache Verlängerung der 6-monatigen Grundfrist auf 5 Jahre stellt eine Besonderheit dar, die ganz erheblich vom Normalwert abweicht und sonst bei keiner anderen Gewährleistungsregelung zu finden ist. Sie steht in starkem Gegensatz zur 2-jährigen Verjährung der Vergütungsansprüche des Bauunternehmers.

Im Verhältnis zum Kaufrecht läßt sich die im Vergleich zur Jahresfrist fünffache Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Arbeiten am Bauwerk nur rechtfertigen, wenn es sich bei den statischen Mängeln um Fehler handelt, die üblicherweise allein am Bauwerk

(13) BFH BStBl. 57 III S. 16, BStBl. III S. 325

entstehen und in der Regel erst spät entdeckt werden. Denn eine Anwendung der Fünfjahresfrist auf alle Arbeiten am Bauwerk führt zu dem ebenso unbefriedigenden wie grotesken Ergebnis, daß der Bauhandwerker für Materialfehler dem Bauherrn gegenüber fünf Jahre, der Lieferant dem Bauunternehmer gegenüber aber nur ein halbes Jahr einzustehen hat.

Aus den genannten Gründen ist nach dem Willen des Gesetzgebers, dem Zweck des Gesetzes und dessen Verhältnis zu anderen Gewährleistungsvorschriften der Begriff Arbeiten am Bauwerk eng auszulegen. Er ist auf solche Leistungen zu beschränken, die sich auf die Statik des Bauwerkes auswirken. Denn nur insoweit besteht das bautypische Risiko der Späterkennbarkeit. Hingegen ist die Fünfjahresfrist auf die unter Ziffer 2 - 4 genannten übrigen Risiken nicht anzuwenden. Die diese Risiken begründenden Arbeiten sind nicht als Bauwerksleistungen zu werten.

B. Ergebnisse der begrenzten Anwendung der 5-Jahresfrist

1. Für den Neubau ergibt sich, daß der Hauptunternehmer die 5-jährige Gewährleistung nur für die konstruktiven Risiken des Vorhabens trägt, so etwa bei den deutlichen Fällen, wo ein Balkon abreißt, wo sich im Beton Risse zeigen, wo nicht nach den gesetzlichen Normen genügend tragfähiger Beton verwendet wurde u.a. Hingegen gilt die lange Verjährungsfrist nicht für Mängel wie z.B. örtlich falsche Aussparungen, soweit diese nicht unter die statischen Risiken fallen.

2. Im Bereich einzeln vergebener Herstellungs-, Umbau- und Reparaturarbeiten sind die gesamten Elektro-,Einrichtungs- und Heizungsarbeiten der 5-Jahresfrist entzogen.

Nur dort, wo sich konkret das statische Risiko verwirklicht hat, gilt die 5-jährige Gewährleistungsfrist. Das ist etwa bei einem nachträglich angebauten abgerissenen Balkon der Fall, wenn das verwendete Baustahlgewebe mangelhaft ist oder falsch eingelegt wurde. War dagegen die Oberfläche ungenügend abgedichtet, so daß durch Wasser- und Frosteinwirkung die Befestigung des Balkons angegriffen wurde, so handelt es sich nicht um ein statisches Risiko. Deshalb findet die Frist von 5 Jahren keine Anwendung. Gleiches gilt für einen nachträglich eingebauten Stahlträger. Hat dieser Träger irgendwelche Mängel, so gilt die 5-Jahresfrist, soweit die statische Funktion betroffen ist. Das gilt nicht, wenn nur der Anstrich, der auf die statische Funktion keinen Einfluß hat, Fehler aufweist.

Bei der Erneuerung eines Dachstuhls muß gleichermaßen differenziert werden. Für Fehler der Tragbalken haftet der Unternehmer 5 Jahre, während Mängel der Ziegel - z.B. Ziegelbruch oder sog. Blühen - der 6-Monatsfrist unterliegen.

3. Ebenso ist bei der Frage, welche Bauleistungen zu den Bauwerken nach § 638 Abs.1. S.1 zählen, ohne selbst Gebäude zu sein, auf das bauspezifisch statische Risiko abzustellen. Die 5-Jahresfrist ist so nicht anzuwenden auf die vom RG in der

Entscheidung vom 20.11.1903 (14) als Bauwerk anerkannte, mit Mörtel zusammengefügte Drainageanlage, auf die Verlegung einer Fahrbahndecke sowie auf den Aushub einer Baugrube (15), da insoweit keine statischen Risiken bestehen. Bei Brücken ist zu unterscheiden, ob deren Konstruktion betroffen ist - dann 5 Jahre -, oder ob z.B. nur der Fahrbahnbelag wellig ist - dann ein Jahr. Bei den Rohrbrunnen (16) ist ebenso zu prüfen, ob deren Stabilität gegen den Druck des Erdreichs ungenügend ist - dann 5 Jahre -, oder ob ein anderer Mangel vorliegt. In gleichem Sinn unterliegt etwa eine Stützmauer der 5-jährigen Gewährleistungsfrist, sofern sich Mängel der statischen Festigkeit zeigen, nicht aber, wenn etwa der Farbanstrich abblättert. Arbeiten am Grundstück sind hingegen diejenigen Arbeiten, die direkte Auswirkungen auf die Oberfläche oder den Erdboden haben wie etwa ein Aushub, Erdbewegungen, Gartenarbeiten u.a. Hier ist der Gesetzestext eindeutig und zwingend. Auch die Materialien lassen nur diese Auslegung zu.

4. Fraglich ist nun, ob die oben den Bauwerksleistungen entzogenen Teil-, Reparatur- und Umbauarbeiten "Arbeiten am Grundstück" sind oder der 6-Monatsfrist unterliegen. Denn auch hier stellt die Bestandteilseigenschaft des § 94 kein brauchbares Kriterium dar. So kann der Anstrich einer fest eingelassenen Parklaterne nicht anders bewertet werden als der einer unbefestigten Parkbank. Da nur die Gruppe der statischen Risiken dem

(14) RGZ 56, 41

(15) BGHZ 68, 208 = NJW 77, 1146

(16) Anlagen, bei denen Röhren in den Boden gepreßt werden, durch die das zu fördernde Gut zur Oberfläche gelangt

Schutz der verlängerten 5-jährigen Gewährleistung unterliegt (17), kommen für die übrigen Gruppen alternativ die Fristen von einem Jahr und 6 Monaten in Betracht. Nach dem Wortlaut des § 638 Abs.1 S.1 kann die einjährige Frist der Grundstücksarbeiten nur Leistungen betreffen, die tatsächlich in die Substanz des Grundstücks eingreifen, nachdem die Bestandteileigenschaft des § 94 als brauchbares Kriterium abzulehnen war. Damit sind im wesentlichen Aushubarbeiten, Kanalarbeiten, Deichanlagen u.ä. gemeint. Für alle anderen Fälle gilt die 6-Monatsfrist, wobei noch einmal darauf hinzuweisen ist, daß das technische Risiko der Späterkennbarkeit bei den betreffenden Arbeiten nicht größer ist als in sonstigen technischen, industriellen oder handwerklichen Bereichen. Welche Ergebnisse rechtspolitisch wünschenswert sind, wird unten noch zu zeigen sein.

Denkbar wäre nach dem derzeitigen Wortlaut des § 638 Abs.1 S.1 allenfalls, die einjährige Verjährungsfrist der Arbeiten an Grundstücken dort anzuwenden, wo die Späterkennbarkeit der Mängel gerade aus der Grundstücksnähe und Erdverbundenheit folgt. Dies ist sicherlich bei den Grundwasserschäden der Fall. Ebenso verhält es sich bei eingelassenen Objekten wie Zaunpfählen, Holzfundamenten u.a. In derartigen Fällen ist § 638 eine einjährige Frist zu entnehmen. Allerdings betrifft dies eben nur den mit dem Boden in Berührung stehenden Teil. Ist z.B. eine lackierte Parkbank im Boden eingelassen, so bleibt es wegen Mängeln der

(17) vgl. oben S. 88

Oberflächenlackierung bei 6 Monaten, während für die Immunisierung des eingelassenen Holzwerkes die Jahresfrist gilt.

Auf den Einbau einer Klimaanlage in ein Fahrzeug oder in ein Druckereigebäude ist die 6-monatige Gewährleistungsfrist anzuwenden. Gleiches gilt für den Einbau einer Alarmanlage, die der Unternehmer regelmäßig bei 6-monatiger Gewährleistung von seinem Lieferanten bezieht. Soweit sich Mängel an der Anlage selbst zeigen, ist der Risikozeitraum, in dem der Unternehmer Gewähr leisten muß, aber keine Gewährleistung mehr von seinem Lieferanten erlangen kann, auf den von ihm selbst zu bestimmenden Zeitraum der eventuellen Lagerung vor dem Einbau reduziert. Am sinnvollsten ist es daher für den Unternehmer, die Anlage erst liefern zu lassen, wenn die Montagearbeiten gerade beginnen. Dann trifft die Mängelhaftung im wesentlichen den Wirtschaftspartner, in dessen Sphäre der Mangel entstanden ist, da sich der Unternehmer zwischen Abnahme des Werkes und der Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche an den Lieferanten halten kann.

C. Überprüfung der einschränkenden Auslegung in Bezug auf die praktischen Verhältnisse

Einer Prüfung bedarf ferner, wie den von v. Craushaar als nutzungsbedingt bezeichneten Risiken (18) Rechnung getragen werden kann. Dieses Risiko ist zwar bau-spezifisch, jedoch liegt es in der Sphäre des Bauherrn, zu dessen Gunsten das Vorhaben errichtet wird (19).

(18) S. 996

(19) das nutzungsbedingte Risiko besteht nicht bei Umbau- oder Reparaturarbeiten, wo die Leistung wegen der Ingebrauchnahme sofort geprüft werden kann

Die Intensität dieses Risikos hängt im wesentlichen von der Größe des Vorhabens ab (20).

1. Nach bisher herrschender Meinung kommt es für die Länge der Verjährungsfristen u.a. darauf an, ob die mit dem nutzungsbedingten Risiko behaftete Bauleistung vom Haupt- oder nur einem untergeordnet tätigen Teilunternehmer ausgeführt wird. Hat ein Hauptunternehmer für ein Gebäude eine Drainage verlegt, so läuft die Verjährungsfrist hierfür erst ab Gesamtabnahme. Hat dagegen eine separat beauftragte Tiefbaufirma gearbeitet, so beginnt die Verjährung bereits mit der Fertigstellung der Drainage und dem Beginn der Rohbauarbeiten. Unterstellt man eine dreijährige Bauzeit für das Gesamtvorhaben, so ergibt sich bei der ersten Konstellation ein faktischer Gewährleistungszeitraum von insgesamt 8 Jahren, im anderen Fall von einem Jahr, jeweils ab Fertigstellung der Drainage (21). Diese Verlängerung der Gewährleistungsfrist wegen des nutzungsbedingten Risikos ist zu pauschal. Handelt es sich um einen Kleinbau mit einer Bauzeit von vielleicht einem Jahr, so ist die Verlängerung von einem auf 5 Jahre unberechtigt, da der Bauherr mit einer Frist von zwei Jahren genügend geschützt wäre. Umgekehrt können Großbauten länger als 4 Jahre dauern, so daß sogar eine Frist von 5 Jahren, die für eine kurz nach Baubeginn erbrachte und abgenommene Leistung wegen der statischen Risiken genügen würde, nicht ausreicht. Denn der Zeitraum zwischen Inbetriebnahme

(20) die Bedeutung der Bauherren-Sphäre wurde oben S. 39 f. dargelegt

(21) nach der einschränkenden Auslegung gilt die Jahresfrist, da keine statischen Risiken vorliegen

des Großvorhabens und dieser Leistung beträgt nur ein Jahr. Der Vergleich soll zeigen, welche Bedeutung der Inbetriebnahme zukommt.

2. Ausgangspunkt für neue Überlegungen muß die Regelung des § 638 Abs.1 S.2 sein. Dabei erscheint es aus der Sicht des Bauherrn als problematisch, daß die Abnahme etwa einer separat in Auftrag gegebenen Drainage nach den Anforderungen der Rechtsprechung überhaupt schon vor Fertigstellung des Gesamtvorhabens möglich ist. Nach den Voraussetzungen der Abnahme (22), wonach u.a. die Anerkennung der Leistung als der Hauptsache nach vertragsgemäßig erforderlich ist, würde es z.B. im Falle der Drainage für die Abnahmefähigkeit genügen, wenn die Rohre verlegt und aneinandergefügt sind, wobei Risse, schlechte Verfügungen oder gar Verstopfungen die Abnahmefähigkeit nicht beeinträchtigen. Damit ist aber der Bauherr einem erheblichen nutzungsbedingten Späterkennbarkeitsrisiko ausgesetzt, da er trotz der bereits laufenden Verjährung die Mängel bis zur Fertigstellung des Gesamtvorhabens nicht entdecken kann (23). Um ihn von diesem Risiko zu befreien, kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- a) Der Verjährungsbeginn tritt grundsätzlich erst bei Vollendung des Gesamtvorhabens ein.
- b) Der Beginn setzt grundsätzlich sofort nach Fertigstellung bzw. Abnahmefähigkeit jeder Einzelleistung eines Gesamtauftrages ein.

(22) BGHZ 48, 257 (262)

(23) Böggering S. 516 meint, der Besteller könne nach der Besitzabnahme das Werk überprüfen. Er will daher die Gewährleistungsfrist im Zeitpunkt der Besitzabnahme beginnen lassen. Er übersieht dabei die Probleme des nutzungsbedingten Späterkennbarkeitsrisikos bei einzeln vergebenen Leistungen für ein Gesamtvorhaben.

- c) Es ist hinsichtlich der Fälle der einzeln vergebenen Leistungen am Gesamtvorhaben zu differenzieren.

Ein Grund für die weitere Differenzierung zwischen der Leistung des Hauptunternehmers, der alle Neubauarbeiten erbringt, und der Leistung des Nebenunternehmers, der nur Teilarbeiten leistet, besteht darin, daß der Hauptunternehmer wegen seiner nachfolgenden Arbeiten immer noch in der Lage ist, frühere Leistungen zu korrigieren. Für den Hauptunternehmer bleibt es dabei, daß die Verjährungsfrist erst mit Abnahme des Gesamtwerkes zu laufen beginnt, zumals sonst eine Aufteilung des Gesamtwerkes in Einzelstücke zu unübersehbaren Folgen führen würde. Dagegen muß der Bauherr bei der Durchführung von Einzelarbeiten besonders geschützt werden.

3. Eine pauschale Fristverlängerung, wie sie durch die gesetzliche Regelung entsteht, stellt keine gerechte Abwägung dar. Denkbar ist ein Schutz auf vier Arten:

- a) Die Abnahme setzt zusätzlich voraus, daß das Werk prüffähig ist.
- b) Solange das Werk noch nicht prüffähig ist, wird die Verjährung gehemmt.
- c) Solange das Werk noch nicht prüffähig ist, tritt eine Unterbrechung der Verjährung ein (24).
- d) Die Vorschrift des § 638 Abs.1 S.2 wird dahingehend ausgelegt, daß die Verjährung erst beginnt, wenn das Werk prüffähig ist.

(24) Ballerstedt S. 724 ff. will als weitere Möglichkeit bei Gutachten dem Besteller eine Gegeneinrede zubilligen.

Den unter a) aufgezeigten Weg schlägt Pietsch (25) - ohne auf die Einzelheiten einzugehen - vor, indem er unter Ausarbeitung eines neuen Abnahmebegriffs (26) neben der körperlichen Hingabe das Fehlen einer Mißbilligung des Werkes genügen läßt und für den Verjährungsbeginn fordert, daß der Besteller zuvor Gelegenheit haben muß, das Werk einer oberflächlichen Prüfung zu unterziehen.

Das BGB verlangt vom Bauunternehmer jedoch nur die Herstellung eines mangelfreien Werkes und für die Abnahme ein abnahmefähiges Werk der beschriebenen Art. Nicht ist Voraussetzung, daß die vertragliche Leistung prüffähig ist. Der BGH hat dies im Urteil vom 21.12.1960 für den Verjährungsbeginn im Kaufrecht festgestellt. (27). Für das Werkvertragsrecht könnte aber Abweichendes gelten, da der Unternehmer nicht nur die sachlich qualitätsneutrale Übergabe und Übereignung sondern auch die Mangelfreiheit des Werkes schuldet. Diese Frage tangiert aber nicht die Abnahme selbst. Die Abnahme eines Werkes bedeutet nur die Anerkennung als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung. Der Verjährungsbeginn tritt nicht automatisch als begriffsimmanente Folge der Abnahme ein sondern erst dadurch, daß § 638 Abs.1 S.2 mit der Abnahme die Verjährung beginnen läßt. Es ist daher denkbar, daß in bestimmten Fällen diese vom Gesetz geschaffene Verknüpfung entfällt. Es ist jedoch zu beachten, daß mit der Abnahme zahlreiche Rechtsfolgen verbunden sind (28), deren zeitliche

(25) S. 170

(26) S. 18

(27) BGH NJW 61, 730 f. ; anders allerdings schon in NJW 73, 843 bei besonderem Sachverhalt.

(28) vgl. Böggering S. 512

Verlagerung vor allem für den Unternehmer unzumutbar wäre; so u.a. die in § 641 Abs.1 S.1 geregelte Fälligkeit der Vergütung und der Gefahrübergang nach § 644 Abs.1 S.1 . Daher ist eine Änderung der Abnahmevoraussetzungen unter dem Gesichtspunkt der Prüffähigkeit nicht zu empfehlen. Auch würde durch eine Verschiebung der Abnahme nicht speziell ein Schutz vor dem nutzungsbedingten Risiko sondern eine pauschale Begünstigung des Bauherrn, unabhängig davon, ob das Späterkennbarkeitsrisiko im Einzelfall tatsächlich besteht, eintreten. Die Lösung nach b) hat wie § 639 Abs.2 die Hemmung der Verjährung zur Folge, solange die Überprüfbarkeit des Werkes noch fehlt. Dieser Weg scheidet jedoch in dogmatischer Hinsicht aus, da die Hemmung der Verjährung abschließend in §§ 202-207 und § 639 geregelt ist. Die Tatbestände der genannten Vorschriften sind klar umrissen. Sie verbieten daher eine extensive Auslegung. Allenfalls wäre denkbar, die mangelnde Prüfbarkeit des Werkes als Höhere Gewalt iSv § 203 Abs.2 anzusehen. Höhere Gewalt bedeutet zunächst Zufall (29). Bei den von der Rechtsprechung anerkannten Beispielen Höherer Gewalt (30) fällt auf, daß entweder selbständige Ereignisse von außen auf den zu regelnden Sachverhalt einwirken, oder daß ein ohne Verschulden des Berechtigten eingetretener Zustand von Unregelmäßigkeiten vorliegt. So ist Höhere Gewalt angenommen worden bei der Verzögerung einer Gerichtsentscheidung infolge unrichtiger Sachbehandlung durch das Gericht oder einen Notar (31), bei schwerer Krankheit

(29) RGZ 156, 291 (301)

(30) vgl. die Übersicht bei Erman § 203 Rn.4

(31) OLG Hamm FamRZ 77, 551 ; OLG Schleswig SchlHA 59, 194

- Bewußtlosigkeit oder Delirien - (32) oder bei Kriegseinwirkungen (33). Anders ist die Lage bei mangelnder Überprüfbarkeit eines Werkes, die von vornherein unumgänglich ist (34). Bei der Herstellung einer Entwässerungsanlage im Neubau steht z.B. von Anfang an fest, daß die Anlage erst überprüft werden kann, wenn das Gebäude nach Fertigstellung in Gebrauch genommen ist. Es tritt also keine Änderung des erwarteten Verlaufs ein. Eine analoge Anwendung des § 203 Abs.2 scheitert daran, daß § 203 den Berechtigten schützen will, wenn dieser seine Rechte nicht verfolgen kann. Die Rechtsverfolgung ist aber in den Fällen fehlender Überprüfbarkeit nicht beeinträchtigt. Der Bauherr hat lediglich von seinen Mängelansprüchen keine Kenntnis.

Ebenfalls kann die mangelnde Prüffähigkeit des Werkes nicht zur Unterbrechung der Verjährung führen, wie es dem Lösungsvorschlag c) entspräche. Die Unterbrechung setzt voraus, daß die Verjährung schon begonnen hat, was im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall ist.

Im Rahmen der unter d) vorgeschlagenen Auslegung des § 638 Abs.1 S.2 steht im Vordergrund, daß der Besteller nach den Materialien zum BGB während der durch die Abnahme in Lauf gesetzten Verjährung die Möglichkeit haben soll, Mängel zu erkennen (35). Ziel der Vorschrift ist daher, die Verjährung erst beginnen zu lassen, wenn dem Besteller die Möglichkeit der

(32) BGH VersR 63, 93

(33) RG WarnR 1917 Nr. 286

(34) im Zusammenhang mit der Rügefrist des § 377 EGB hat das RG eine Hemmung abgelehnt (RGZ 170,156)

(35) Prot. II S. 2222

Überprüfung des Werkes gegeben ist (36). So kann etwa der Besteller das reparierte Fahrzeug probe-
fahren oder das reparierte Fernsehgerät problemlos
überprüfen. Dabei zeigt sich anhand dieser Beispiele
deutlich, daß mitunter komplizierte Apparaturen wie
etwa ein Fernsehgerät vom Besteller auf die Mängel-
freiheit leichter überprüft werden können als weniger
komplizierte Leistungen wie etwa eine verlegte
Drainage oder sanitäre Leistungen, die eben erst
nach Bezug des Gebäudes überprüft werden können.
Für das Kaufrecht hat die I. Kommission zwar aus-
drücklich hervorgehoben, daß für den Beginn der
Verjährung die Entdeckung und vor allem die Entdeck-
barkeit von Mängeln keine Rolle spielen (37), aus
den o.a. Gründen kann jedoch dies nicht für den Werk-
vertrag gelten, da dieser die Herstellung eines
mangelfreien Werkes verlangt. Im Gegensatz zum Käufer,
der nach der Übergabe auf Gewährleistungsansprüche
verwiesen ist, kann der Besteller nach der Abnahme
noch Erfüllungsansprüche oder Surrogate derselben
insbesondere in Form des Nachbesserungsanspruchs
gemäß § 633 Abs.1 erheben. Daher verdient der
Besteller einen stärkeren Schutz als der Käufer. In
den Motiven (38) wird gründlich die Frage erörtert,
ob den Besteller eine Prüfpflicht trifft. Da an jener
Stelle der Materialien in keiner Weise die primäre
Frage aufgeworfen wird, welche Regelung anstatt der

(36) auch Köpcke S. 159 legt mit der Forderung nach
einer elastischeren Gestaltung den Verjährungsbe-
ginn auf den Zeitpunkt, zu dem Mängel und Schäden
ihrer Natur nach erkannt werden können.

(37) Mot. II S. 239

(38) Mot. II S. 490 f.

- später abgelehnten - Prüfpflicht gelten solle, wenn das Werk nicht überprüfbar sei, ist die Kommission offensichtlich davon ausgegangen, daß das Werk während der Verjährung überprüfbar sein muß.

Auch der Dresdner Entwurf ging in Art. 683 ausdrücklich davon aus, daß der Besteller das Werk nach der Abnahme prüfen kann (39). Heute betrachtet § 639 Abs.2 es als Sonderfall, daß zwischen den Parteien eine Prüfung stattfindet. Die Vorschrift setzt damit aber ebenfalls die Prüfbarkeit des Werkes während der Verjährung voraus. Ähnlich geht in der Literatur Schubert (40) davon aus, daß der Besteller während der Gewährleistungszeit das Werk nutzt und Fehler entdecken kann. Ganten (41) betont, daß die Abnahmereife als Verjährungsbeginn den Zeitpunkt bildet, mit dem der Besteller die Prüfung des Werkes vornehmen kann.

Daß auch das englische, österreichische und dänische Recht als Verjährungsbeginn den Zeitpunkt der Entdeckbarkeit von Mängeln oder Schäden berücksichtigt, war oben gezeigt worden. In Dänemark ist der Verjährungsbeginn an die konkrete erstmalige Entdeckung des Mangels gekoppelt (42), während im englischen Recht die abstrakte Möglichkeit der Entdeckung genügt (43). In Österreich hat der OGH (44) bei der Zusicherung einer Eigenschaft auf den Zeitpunkt abgehoben, zu dem der Mangel der zugesicherten Eigenschaft sicher erkennbar ist.

(39) Dresdner Entwurf Prot. S. 2327

(40) JR 75, 182 sowie BB 75, 586

(41) Pflichtverletzung S. 105 a.E.

(42) s.o. S. 56

(43) s.o. S. 48

(44) OGH SZ 39/7; s.o. S. 52

Richtigerweise wird man auch im deutschen Recht die Verjährung erst mit der Prüffähigkeit des Werkes beginnen lassen und § 638 Abs.1 S.2 entsprechend restriktiv auslegen müssen. Die Prüffähigkeit des Werkes beginnt oft erst dann, wenn der Besteller das Werk in Gebrauch genommen hat.

4. Als Endpunkt dieser zeitlichen Verschiebung des Verjährungsbeginns war bereits der Eintritt der Überprüfbarkeit genannt. Das ist etwa bei der separat vergebenen Verlegung einer Drainage der Zeitpunkt, in dem die Regenrohre angeschlossen sind, und das Dach gedeckt ist. Ebenso liegt bei anschließend vermauerten oder verputzten Installationsarbeiten der Zeitpunkt dort, wo die jeweiligen Armaturen, Aggregate oder Maschinen angeschlossen sind und in Betrieb genommen werden können. Im Einzelfall kann die Frage entstehen, wann die Überprüfbarkeit der Leistung - und damit der Verjährungsbeginn - eintritt. Da im Bauwesen die Reihenfolge der verschiedenen Einzelleistungen nach immer gleichem oder ähnlichem Schema erfolgt, werden sich bald Erfahrungssätze bilden lassen. So war bezüglich der Drainage zuvor erläutert worden, wann die Verjährung beginnt. Da die Einzelheiten des Baufortgangs in den Unterlagen festgehalten sind, wird die Beweisführung unproblematisch sein. Die Beweislast liegt insoweit beim Bauherrn. Zunächst hat der Unternehmer zu beweisen, daß die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Gelingt ihm dies nicht, so wird das Problem des nutzungsbedingten Späterkennbarkeitsrisikos nicht aktuell. Hat der Unternehmer hingegen den Ablauf der Verjährungsfrist nachgewiesen, so muß sich der Bauherr auf die Ausnahme berufen, daß die Prüffähigkeit ausnahmsweise entgegen § 638 Abs.1 S.2

erst seit einem späteren Zeitpunkt vorgelegen hat. Damit obliegt die Darlegungs- und Beweislast der Partei , die selbst die Unterlagen oder Zugang zu diesen hat.

Ein weiterer Vorteil dieser Lösung liegt darin, daß bei großen Objekten eine Aufspaltung in oft schwer abzugrenzende Teilbereiche unterbleiben kann. So wird z.B. die Abnahme von einzelnen Bauabschnitten für die Verjährung entbehrlich.

Ebenso wird es einfacher sein, den tatsächlichen Eintritt der Prüfbarkeit festzustellen, als die Frage zu beantworten, ob eine Bauwerksleistung das von v. Craushaar genannte bauspezifische Risiko enthält. Der Vorteil der vorgeschlagenen Lösung liegt zusätzlich darin, daß sie speziell auf jeden Einzelfall abstellt und nicht pauschal eine 5- oder 10-fache Fristverlängerung vorsieht. Das wird insbesondere beim Vergleich zwischen Herstellung und Reparatur deutlich. Wird z.B. eine Einzelleistung eines Unternehmers im Zuge der Neuerrichtung vorgenommen, so ist das Späterkennbarkeitsrisiko groß. Umgekehrt verhält es sich, wenn dieselbe Arbeit anlässlich einer Reparatur durchgeführt wird, da der Bauherr oder Besteller die Leistung sofort nach Beendigung in Betrieb nehmen kann (45). Als Ausnahmeregelung gilt die Verschiebung des Verjährungsbeginns nicht absolut für die gesamte, jeweils erbrachte Bauleistung, sondern nur für den Teil, der das bauspezifische Risiko der mangelnden Überprüfbarkeit in sich trägt, da es sich um eine teleologische, begrenzt anwendbare Einschränkung einer Norm handelt. Ist so etwa bei sanitären Installationsarbeiten zwar

(45) so auch v. Craushaar S. 998

die Abwasserleitung vor Inbetriebnahme des Vorhabens nicht überprüfbar, so kann doch ein im Zuge dieser Arbeiten schief angebrachtes Ausgußbecken entdeckt und moniert werden, so daß hier keine Verschiebung eintritt.

Die vorgeschlagene Lösung bedeutet für den Bauunternehmer kein unkalkulierbares Risiko, da der Unternehmer von vornherein weiß, an welchem Bauvorhaben er mitwirkt. Umgekehrt ergibt sich aus der Besonderheit, daß nach der vorgeschlagenen Lösung nicht abstrakt auf die jeweiligen konkreten Verhältnisse des Einzelfalles eingegangen wird, eine Problematik für die Fälle, in denen entweder im voraus die gesamte Vollendung des Vorhabens nicht beabsichtigt war oder wegen sonstiger Gründe ausfallen mußte. Gedacht sei etwa an den Fall, daß der Bauherr die Baugrube ausheben und eine Drainage legen läßt, es aber wegen Finanzierungsschwierigkeiten nicht mehr zur Errichtung des Gebäudes kommt, so daß für die Drainage die oben geforderte Überprüfbarkeit nicht oder erst zu einem nicht absehbaren Zeitpunkt eintritt. Selbstverständlich ist auch bei der Lösung dieses Problems davon auszugehen, daß die genannten Besonderheiten der Sphäre des Bauherrn entstammen, so daß der Unternehmer im Ergebnis nicht benachteiligt werden darf. Die Höchstgrenze der durch die teleologische Reduktion des § 638 Abs.1 S.2 entstandenen Verschiebung des Verjährungsbeginns liegt dort, wo erfahrungsgemäß im Normalfall die Überprüfbarkeit des Werkes eintritt. Kommt es daher wegen der schleppenden Ausführung anderer Mitunternehmer zu einer übermäßig späten Überprüfbarkeit, so geht dies zu Lasten des Bauherrn. Dieser ist deshalb gehalten, von den anderen Mitunternehmern termingerechte Leistung zu verlangen.

War im Gegensatz dazu vom Bauherrn von Anfang an keine Vollendung vorgesehen, so bleibt es bei der unveränderten Anwendung des § 638 Abs.1 S.2 . Denn die besonderen Verhältnisse auf Seiten des Bauherrn dürfen den Unternehmer nicht belasten.

Ähnlich argumentiert Brych (46), dessen Ausführungen allerdings für den Bereich des Wohnungskaufs gelten sollen. Er schlägt vor, die Fristen objektbezogen zu regeln und differenziert dabei folgende Mängel:

- a) bei Übergabe sofort offenkundige
- b) unmittelbar bei oder nach Bezug feststellbare
- c) bei Jahreszeitenwechsel feststellbare
- d) bauphysikalische Schäden aufgrund von Setzungen und thermischen Spannungen, oft erst im zweiten Jahr nach Rohbaufertigstellung auftretend als wahrscheinlich gravierendste Mängel.

Anhand dieser Differenzierung will Brych verschiedene Fristen mit zusätzlich verschiedenen Beginnzeitpunkten (Rohbaufertigstellung, Übergabe, Bezugsfertigkeit) einführen. Eine genauere Begründung gibt er dafür nicht an. Diese Differenzierung scheint einer gerechten Lösung nahezukommen, da sie wie der hier gemachte Vorschlag konkret auf die technischen Einzelverhältnisse und den technischen Laienhorizont abstellt. Im Urteil vom 29.11.1972 - VIII ZR 233/71 (47) hat der BGH die Frage zunächst offen gelassen, ob bei Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung, deren Verjährung § 477 regelt, die Verjährungsfrist erst mit der Kenntnisnahme des Schadens in Gang gesetzt wird. Allerdings hat er dann in der Entscheidung vom 14.03.1973 - VIII ZR 137/71 (48) bei der Zusicherung einer Eigenschaft diese Frage unter Vorbehalt neuer Erkenntnisse für Ansprüche aus § 463 bejaht.

(46) NJW 76, 1072

(47) BGHZ 60, 9 (14)

(48) BGH NJW 73, 843

Diese Entscheidung betraf jedoch einen Sachverhalt, bei dem der Verkauf einer geistigen Leistung im Vordergrund stand. Der Verkäufer hatte eine fehlerhafte Anleitung zur Errichtung von Nottestamenten herausgegeben. Dieser Fall ist aber mit bauspezifischen Sachverhalten nicht vergleichbar.

Die rechtspolitische Frage, ob die Fristen des § 477 und des § 638 erst mit der Kenntnisnahme eines Schadens beginnen sollten, wird unten (49) beantwortet.

VII. K a p i t e l : Grundlegende Fragen und Vorschläge
zur Neuordnung bauvertraglicher
Gewährleistungsfristen

Aus der Darstellung der richtigen Auslegung des § 638 Abs.1 S.1 und ihrer Ergebnisse wird deutlich, daß im Verhältnis zur bisherigen Praxis vielfach kürzere Fristen zur Anwendung kommen. So gilt die 5-jährige Verjährungsfrist nur noch bei Mängeln, die auf das baustatisch konstruktive Späterkennbarkeitsrisiko zurückgehen. Die Jahresfrist der Arbeiten am Grundstück trifft nur in Fällen zu, in denen tatsächlich eine Bearbeitung des Grund und Bodens stattfindet. Für alle anderen Bereiche und Produkte kommt nur die Frist von 6 Monaten in Betracht. Diese Ergebnisse, die durch die dogmatisch richtige Anwendung des § 638 Abs.1 S.1 entstehen, machen zum einen deutlich, daß die von der Rechtsprechung praktizierte, dogmatisch zweifelhafte Abgrenzung innerhalb des § 638 Abs.1 S.1 jedenfalls teilweise zu wirtschaftlich vernünftigen Resultaten führt. Zum anderen wird offensichtlich, daß eine dogmatisch klare Abgrenzung und praktisch richtige Ergebnisse nur zu erreichen sind, wenn die Vorschrift - de lege ferenda - neu gefaßt wird. Gegenstand dieser Neufassung müssen nicht nur die Bezugsobjekte sein. Auch die Fristen selbst sind zu überprüfen. Bevor auf Einzelheiten eingegangen wird, sollen einige Fragen grundsätzlicher Art erörtert werden.

1. Die Gewährleistung - und insbesondere ihre Dauer - stehen unmittelbar in Zusammenhang mit zwei weiteren Faktoren, nämlich der öffentlich-rechtlichen Bauaufsicht und einer eventuellen Haftpflichtversicherung des Bauunternehmers. Diese Faktoren schützen gemeinsam den Bauherrn, die Bewohner - bzw. bei Fabrikgebäuden die darin tätigen Personen - und die Bausubstanz selbst. Der dabei zu erzielende Schutz sollte im Interesse des Bauherrn möglichst groß sein, wobei dieses Resultat auf verschiedenen Wegen erreicht werden kann.

So ist das französische System dadurch gekennzeichnet, daß einer geringen staatlichen Baukontrolle eine strenge privatrechtliche Gewährleistung in der geschilderten Art gegenübersteht, die ihrerseits dem Versicherungswesen im Baubereich eine große Bedeutung hat zukommen lassen (1). Dabei beschränkt sich die staatliche Baukontrolle im wesentlichen auf Fragen der Übereinstimmung des Vorhabens mit städtebaulichen Zielvorstellungen und der Ver- bzw. Entsorgung, während bautechnische Prüfungen nicht stattfinden, da die Baubeteiligten verpflichtet sind, die Regeln der Baukunst einzuhalten und dafür auch in der geschilderten Weise haften. Folge dieser strengen Haftung ist, daß einerseits jeder Architekt zum Abschluß einer Haftpflichtversicherung verpflichtet ist, andererseits jeder Bauunternehmer nur in die "Fédération des Entrepreneurs" - eine wirtschaftlich einflußreiche Institution - aufgenommen wird, wenn er seinerseits eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat. Dadurch ist eine

(1) Braun unter B Frankreich S. 1, 3

Verlagerung eingetreten, wonach die Versicherer gewissermaßen die Funktion der Bauaufsicht übernehmen, indem sie die Einhaltung der Bauvorschriften durch private Büros überprüfen lassen, um künftigen Schaden von sich abzuwenden (2).

Das deutsche Recht - genauer die Landesbauordnungen (3) - beinhaltet demgegenüber eine stärkere behördliche Kontrolle, wonach auch Kleinstbauten der Genehmigung bzw. Anzeige bedürfen, und die Bauämter bei der Erteilung des Rohbau- oder Schlußabnahmescheins eine eingehende technische Prüfung vornehmen oder veranlassen. Umgekehrt findet - mit Ausnahme der Architekten - eine Absicherung durch Versicherungszwang nicht statt.

Im Bereich der Gewährleistung und ihrer Dauer begegnen sich subjektive Interessen der Vertragsparteien und ein vom Gesetzgeber gefordertes objektives Element zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten. Diese Faktoren, auf die sich bisher die Gesamtdiskussion beschränkt hat, können durch weitere Elemente ergänzt, abgeschwächt oder verstärkt werden.

2. Weiter taucht die Frage auf, ob der Unternehmer nicht eine zumutbare Entlastung durch eine versicherungstechnische Risikoabdeckung erhalten kann. Selbstverständlich soll dem Unternehmer nicht deshalb eine längere Gewährleistungsfrist auferlegt werden, weil nicht er, sondern eine Versicherung finanziell tangiert wird. Es wäre jedoch daran zu denken, daß die Gewährleistung für beide Parteien eine solch gewichtige und gegebenenfalls existenzbedrohende Angelegen-

(2) Braun S. 14, 23

(3) vgl. etwa § 5 der bad.-württ. und Berliner Bauvorlagenverordnung

heit ist, daß eine gerechte Lösung nur über besonders lange Gewährleistungszeiträume und eine Risikoabdeckung durch eine Versicherung - wie etwa in Frankreich - zu erreichen ist.

a) Für den Bereich der echten Gewährleistung ist ein Versicherungsschutz nicht vorgesehen und auch gesetzlich nicht möglich. Dabei zeigt sich überraschenderweise, welche weittragenden Auswirkungen das jeweilige Abgrenzungsergebnis zwischen der Gewährleistung nach positiver Forderungsverletzung und § 635 verursacht. Wird der jeweilige Schaden im Rahmen von § 635 geltend gemacht, so entfällt für den Bauunternehmer die Möglichkeit einer versicherungstechnischen Risikoabdeckung. Denn nach hM (5) stellen die Ansprüche nach §§ 633, 634 modifizierte Erfüllungsansprüche dar. Nur bei Verletzung dieser vertraglichen Erfüllungspflicht kommt der Schadensersatzanspruch nach § 635 in Frage. Ein derartiger, aus der Erfüllungsverpflichtung abgeleiteter Anspruch ist im Rahmen der Haftpflichtversicherung - nach den AHB - nicht versicherbar (6). Dies folgt abstrakt aus der das Versicherungsrecht beherrschenden Plansicherungstheorie, wo nach sich das versicherbare Interesse auf im Schadensfall eintretende Nachteile bezieht, die entweder in ungeplanten Nachteilen oder im Ausfall geplanter Einnahmen bestehen (7). Demzufolge verlangen die AHB in § 1 Abs. 1, daß der Versicherungsnehmer von einem Dritten gerade auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Die Rechtsprechung hat daher die Haftung der Versicherer für

(5) Palandt § 633 Vorb 3 b; BGH NJW 76, 143

(6) Wussow S. 204 f. ; derselbe NJW 67, 1552 f.

(7) Prölis/Martin Vorb 1) vor § 51

Erfüllung und Erfüllungssurrogate abgelehnt (8), wobei der BGH (9) ausdrücklich bestimmt hat, daß der Anspruch aus § 635 als Erfüllungssurrogat in versicherungsrechtlicher Hinsicht - auch über den Bereich der AHB hinaus - dem Versicherungsschutz entzogen ist. Dieser Grundsatz ist dann auch in § 4 Abs.1 Nr.6 S.3 AHB noch einmal zur Klarstellung enthalten. Abgesehen davon würde kein Versicherer dieses unkalkulierbare Risiko einzelvertraglich übernehmen, insbesondere nicht wegen des - zivilrechtlich allerdings irrelevanten - Begünstigungsverbot des § 81 Abs.2 S.3 VAG.

Umgekehrt stellt sich die Rechtslage bei der Haftung des Unternehmers aus positiver Forderungsverletzung dar, da es sich hierbei um eine echte, von der Erfüllung losgelöste Schadensersatzgrundlage handelt. Der BGH hat bereits früher (10) eindeutig festgelegt, daß Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung kein Erfüllungssurrogat darstellen und daher auch nach § 4 Abs.1 Nr.6 S.3 AHB dem Versicherungsschutz angehören.

Diese Ausführungen sollen zum einen zeigen, welche Nebenwirkungen die Abgrenzung hat, zum anderen wird deutlich, daß der Branche der Bauunternehmer die Möglichkeit genommen ist, das Gewährleistungsrisiko abzudecken, da im vorliegenden Zusammenhang fast ausschließlich Ansprüche über §§ 633 bzw. 635 geltend gemacht werden, wie dies bereits einleitend gezeigt war.

Annähernd gleich verhält es sich im Rahmen der VOB/B, wo in § 13 Nr. 7 unterschieden wird zwischen dem sog. "kleinen Schadensersatz" des § 13 Nr.7 Abs.1 (entsprechend § 635) und dem sog. "großen Schadensersatz" des § 13

(8) vgl. die zahlreichen Beispiele bei Prölis/Martin
Anm. 2 zu § 1 AHB

(9) BGHZ 46, 238 = VersR 67, 160(161)

(10) VersR 62, 1049 f.

Nr.7 Abs.2 (entsprechend der positiven Forderungsverletzung mit etwas anderen Voraussetzungen). Die Abgrenzungskriterien sind denen der Abgrenzung zwischen der positiven Forderungsverletzung und § 635 ähnlich (11). Daraus folgt, daß nur der große Schadensersatzanspruch unter den Deckungsbereich der Haftpflichtversicherung fallen kann. Die VOB/B sieht in § 13 Nr.7 Abs.2 vor, daß der Unternehmer für diesen Schaden eine Versicherung eingeht, andernfalls nach § 13 Nr.7 Abs.2 der Unternehmer selbst haftet, und die kürzeren Fristen des § 13 Nr.4 vor denen des § 638 zurücktreten.

In der Schweiz besteht die Möglichkeit einer sog. Baugarantieverversicherung für die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn gegen den Bauunternehmer, wobei allerdings nur das Insolvenzrisiko des Bauunternehmers gedeckt wird, indem der Versicherer als Solidarbürge neben dem Bauunternehmer für die finanzielle Sicherung der Gewährleistungsansprüche des Bauherrn sorgt (12).

Folgende, im deutschen Bauwesen übliche Versicherungsarten decken - hier nur nebensächliche - Risiken ab :

1. Die Bauwesenversicherung für die Gefahrtragung des Bauunternehmers bis zur Abnahme gemäß § 644 Abs.1 S.1 bzw. § 7 VOB/B, abzuschließen vom Unternehmer nach ABU oder vom Bauherrn nach ABN
2. Die Baugeräteversicherung zum Schutz der Baustelleneinrichtung nach ABG
3. Weitere weniger bauspezifische Versicherungen wie Feuerversicherung, Maschinenversicherung u.a.

Im Hinblick auf die noch darzulegende Haftung des Architekten und deren Begrenzung durch Verjährung sei hier

(11) Daub ErlZ 13.526, vgl. aber ErlZ 13.581 f.

(12) vgl. im einzelnen Portmann/Studer S. 107 ff.

bereits ein Punkt vorweggenommen. Nach den Besonderen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung von Architekten und Bauingenieuren - I Nr.4 Abs.2 BHB - (13) sind in den Versicherungsschutz ausdrücklich auch Ansprüche aus § 635, soweit sie aus Schäden am Bauwerk resultieren, einbezogen. Neuenfeld (14) sieht die Begründung für diesen ausdrücklichen Einbezug darin, daß andernfalls durch den Ausschluß nach § 4 Abs.1 Nr.6 S.3 AHB überhaupt kein vom Versicherungsschutz zu deckender Schadensersatzanspruch vorhanden wäre.

b) In diesem Zusammenhang soll zugleich die Frage beantwortet werden, ob es sinnvoll wäre, eine freiwillige oder sogar gesetzliche Haftpflichtversicherung für den Bereich der baulichen Gewährleistung einzuführen. Ein Vergleich zur Bauwesenversicherung ist dabei nicht möglich, da diese Versicherung lediglich Schutz vor Schäden aus unvorhergesehenen und unabwendbaren Ereignissen während der Bauzeit gewährt. So bestimmt § 2 Nr. 3 a) ABN, daß die Bauwesenversicherung nicht Entschädigung für Mängel der Bauleistung erbringt (15). Der Einführung einer Pflichtversicherung steht zunächst entgegen, daß Schäden aus Vertragserfüllung und nicht aus der Verletzung von Nebenpflichten entstehen. Eine solche Versicherungspflicht würde also auf jeden Fall unkorrekte und nachlässige Vertragserfüllung begünstigen, womit dem Bauherrn, dem primär an einem mangelfreien Werk und erst ersatzweise an einer befriedigenden Schadensregelung gelegen ist, nicht gedient wäre (16). Ein Vergleich zu den sonstigen Typen der Pflichtversicherung (17) zeigt

(13) abgedruckt bei Bindhardt S. 322

(14) S. 17, der die Vorschriften der BHB entsprechend der Reihenfolge in den üblichen Versicherungsanträgen zitiert, vgl. dort Anlage 2

(15) für die vom Bauunternehmer abgeschlossene Bauwesenversicherung folgt dies aus § 2 Nr.2 a) ABU

(16) so auch Portmann/Studer S. 109

(17) vgl. die Übersicht bei Prölß/Martin Vorb IV

auch, wie sehr die hier erörterte Pflichtversicherung davon abweichen würde, da sonst Pflichtversicherungen nur dort üblich sind, wo unkalkulierbare Risiken mit hohen Schäden durch geringe Ursachen - auch ohne Verschulden eines Beteiligten - auftreten können. Zwar sind im Baubereich ebenso durch relativ geringe Ursachen große Schäden möglich, eine in jeder Hinsicht korrekte Ausführung eines Bauvorhabens schließt jedoch von sich aus Schäden aus. Neben diesen dogmatischen Bedenken wird eine solche Pflichtversicherung auch wirtschaftlich nicht durchführbar sein, allenfalls mit höchsten Versicherungsprämien.

Für den Bereich der freiwilligen Versicherung zeigt der Hinweis auf die Architektenberufshaftpflichtversicherung und insbesondere die Ausnahme der BHB - I Nr.4 Abs.2 -, daß der freiwillige Abschluß dem Unternehmer möglich sein muß (18). Sinnvoll wäre eine Ergänzung der VOB/B, wonach der Bauunternehmer zum Abschluß eines Versicherungsvertrages verpflichtet wäre, die Kosten dieser Versicherung aber von beiden Parteien getragen würden, und der Unternehmer eine bestimmte Selbstbeteiligung zu übernehmen hätte.

3. Aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht - I 11 §§ 968,969 - ergibt sich die Frage, ob eine Differenzierung der Gewährleistungsfristen nach Arbeit und Material vorteilhaft wäre (19). Dem BGB ist eine solche Unterscheidung grundsätzlich fremd, wie insbesondere die Regelung des Werklieferungsvertrages zeigt.

(18) inwieweit Leistungen des Architekten und des Bauunternehmers vergleichbar sind, wird unten S.172 f. dargestellt werden

(19) vgl. oben S. 43

Hat etwa ein Schneider eines Maßanzuges den Stoff zu beschaffen, so haftet er für die Qualität des Stoffes nach §§ 651 Abs.1 S.1 2.HS, 633 ff. gleichermaßen wie für seine eigene Arbeit über eine Dauer von 6 Monaten. Entsprechendes gilt im Baubereich für Putzarbeiten, wo der Unternehmer für den von ihm angelieferten Putz in gleichem Umfang wie für seine Arbeitsleistung haftet. Hier zeigt also § 651 deutlich, wie die kurze, sonst für das Material einschlägige Frist des § 477 umgangen wird. Eine Differenzierung nach Arbeit und Material erfolgt nicht. Auch die Identität der 6-monatigen Grundfristen des § 477 und des § 638 beweisen eine Gleichbehandlung durch das Gesetz, obwohl § 477 die Übergabe einer stofflichen Sache, § 638 jedoch die Erbringung einer eigenen Arbeitsleistung betrifft. Trotzdem könnten besondere Gründe die Neuaufnahme einer solchen Differenzierung im Gesetz verlangen. Allerdings spricht gegen eine Differenzierung das schon in den Materialien angeführte Ziel, Beweisschwierigkeiten zu reduzieren. Denn es würde dann regelmäßig bei der Gewährleistungsfrist die Frage auftauchen und durch zusätzliche Gutachten zu beantworten sein, ob der behauptete Mangel auf die Arbeitsleistung oder das verwendete Material zurückzuführen ist. Abgesehen davon besteht aber auch für die Differenzierung kein besonderes Bedürfnis. Es ist nicht erwiesen, daß Arbeitsmängel erst nach längerer - oder überhaupt anderer - Zeit auftauchen als Materialfehler. Zwar lassen sich für bestimmte Materialien Garantiezeiten festlegen, die auf Durchschnittserfahrungen beruhen (20), während die Arbeitsleistung völlig heterogen ist. Diese Garantiezeiten sind aber bei der Vielzahl der üblichen Baumaterialien so selten und zugleich so verschieden, daß eine pauschale Regelung für Materialleistungen nicht möglich ist.

(20) vgl. oben die Beispiele der DDR S.70

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang eine juristische Aufspaltung der Gesamtleistung des Bauunternehmers in einen Teil der Arbeitsleistung - zu beurteilen nach Werkvertragsrecht - und einen Teil der Materiallieferung - zu bewerten nach Kaufrecht - . Der Bauunternehmer würde dem Bauherrn formaljuristisch das Eigentum an den Materialien verschaffen und dann diese - nunmehr für ihn fremden - Materialien einbauen oder verwenden. Gegen diese Bewertung spricht, daß durch die Aufspaltung eines einheitlichen Vorganges die Gewährleistung unterschiedlich ausfiele. So könnte der Bauherr hinsichtlich einer mangelhaften Arbeitsleistung Nachbesserung geltend machen, während das Kaufrecht einen solchen Anspruch nicht kennt. Der Bauherr müßte immer zuerst prüfen, aus welchem Vertragsverhältnis Ansprüche zu erheben sind.

4. Eine weitere, grundlegende Frage betrifft das Problem, wie das gesamte Spektrum werkvertraglicher Leistungen zu ordnen ist.

a) Zu welchen Konsequenzen die Aufteilung der Bezugsobjekte in bewegliche und unbewegliche Werke führt, ist eingehend dargelegt worden; der Gesetzgeber hat eingeräumt, daß diese Regelung lediglich dem Kaufrecht ohne Anpassung entnommen ist (21); eine nähere Begründung war nicht zu ersehen. Gerade deshalb überrascht es, wenn das Gesetz für den Bau eines Hauses eine 5-jährige Frist, für den Verkauf eines Hausgrundstückes jedoch nur eine einjährige Frist statuiert, da doch bei einem kurz zuvor errichteten Haus für den Käufer genauso die Möglichkeit eines Einsturzes bzw. erheblicher Schäden über insgesamt 5 Jahre seit Fertigstellung besteht. Für den sog. Kauf vom Bauträger hat der BGH in seiner Entscheidung vom 05.05.1977 - VII ZR 36/76 (22) diesen Problemen insoweit Rechnung getragen, als er Sachmängelansprüche, die dem Erwerber eines bei Vertragsabschluß

(21) Mot. II S. 486 a.E.

(22) BGHZ 68, 372 = NJW 77, 1336

fertigen Hauses oder einer Eigentumswohnung zustehen, dem Werkvertragsrecht entnimmt, und so im Einzelfall gemäß § 638 eine 5-jährige Verjährungsfrist anwenden kann. Es wird deutlich, wie wenig die gesetzliche Regelung und insbesondere die Aufteilung der Fristen für bewegliche und unbewegliche Sachen durchdacht ist.

b) Daß der Baubereich einen verlängerten Gewährleistungsschutz benötigt, bedarf keiner Erörterung, dies ergibt sich aus den oben (23) dargelegten Risikobereichen.

Innerhalb des Baubereichs verdienen aber Risiken, die allgemeiner Art sind und auch außerhalb des Baubereichs vorkommen, keinen bauspezifischen Schutz. So sind z.B. Späterkennbarkeitsrisiken im Bereich der bautechnischen Elektroinstallation völlig identisch und gleichwertig mit denen im Flugzeugbau, Schiffsbau und bei den kommerziellen Elektroprodukten, die im Handel zu erwerben sind. Für sie gilt im Baubereich keine längere Frist.

Die Frage, ob im Rahmen werkvertraglicher Gewährleistung auch andere Bereiche der Produktion außer dem Baubereich besonders zu schützen sind, ist zu verneinen. Zunächst fällt auf, daß kein sonstiger Industrie- oder Handwerksbereich so deutlich das Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln in sich trägt wie der des Baues. Sämtliche metallischen oder chemischen Industrieprodukte lassen sich nach relativ kurzer Zeit dahingehend beurteilen, ob ein Mangel vorliegt oder nicht. Wie lange der Zeitraum ist, innerhalb dessen Mängel am Bau erkannt werden, und wie lange demzufolge die allgemeine Gewährleistungsfrist bemessen sein sollte, wird unten noch erläutert werden (24).

(23) S. 85

(24) S. 136 ff.

Es kommt hinzu, daß dort, wo wirklich außerhalb der Bausphäre ein besonderes Risiko der Späterkennbarkeit besteht, den Parteien im Einzelfall die Möglichkeit der Verlängerung der gesetzlichen Fristen gemäß § 638 Abs.2 bleibt. Allerdings wurde zu Anfang (25) darauf hingewiesen, daß es Aufgabe des Gesetzes sei, praktikable Verjährungsfristen mit sachgerechter Differenzierung einzuführen. Wenn nun auf die Möglichkeit einzelvertraglicher Fristabänderung verwiesen wird, so bedeutet dies keinen Widerspruch. Die Baubranche ist bereits generell risikobehaftet. Außerhalb dieser Branche gibt es nur ganz wenige Beispiele für Leistungen mit hohem Späterkennbarkeitsrisiko, so daß eine gesetzliche Sonderregelung für diese seltenen Leistungen unsinnig wäre. Der Verweis auf die Möglichkeit der einzelvertraglichen Verjährungsregelung ist daher zulässig und sogar geboten, um eine Zersplitterung und Unübersichtlichkeit der gesetzlichen Regelung zu vermeiden. Daraus folgt für den Baubereich, daß diejenigen Risiken nicht mit besonderen Fristen versehen werden dürfen, die allgemein technischer Art sind.

c) Eine Differenzierung nach dem Wert des Werkes oder dem Umfang des entstandenen Schadens - wie etwa in Frankreich gemäß Art. 1792, 2270 C.c. - ist nicht zulässig. Abgesehen davon, daß diese Unterscheidung dem BGB wesensfremd wäre, wird dem Wert des Werkes bereits dadurch Rechnung getragen, daß große Werke umfangreiche Gewährleistungsansprüche nach sich ziehen können, wobei Ausnahmen immer denkbar sind.

(25) vgl. oben S.5

Allerdings wird bei der jeweiligen Länge der festzusetzenden Frist zu beachten sein, daß Bauschäden typischerweise im Verhältnis zur Bausumme relativ kostspielig sind. Diese Tatsache mag zwar für die wirtschaftlichen Interessen des Bauherrn an einer sicheren Realisierung der Gewährleistungsansprüche (26) von Bedeutung sein; sie gibt jedoch keinen Anlaß zur Differenzierung.

5. In Anlehnung an das englische und skandinavische Recht (27) ist zu überlegen, ob für den Fristbeginn statt der Abnahme die Kenntnisnahme des Schadens maßgeblich sein sollte; Köpcke (28) deutet mit dem Bezug auf § 852 eine ähnliche Lösungsmöglichkeit an. Larenz und Medicus (29) wollen für die Ansprüche wegen des mittelbaren Schadens aus positiver Forderungsverletzung die Vorschrift des § 638 Abs.1 S.1 analog anwenden, jedoch mit der Maßgabe, daß die im Verhältnis zu § 195 kurze Frist erst ab Eintritt des Schadens beginnt (30).

Unter Berücksichtigung der oben bei der teleologischen Auslegung des § 638 Abs.1 S.2 gemachten Ausführungen (31) stellt der Verjährungsbeginn ab Abnahme, wie es die zitierte Vorschrift verlangt, eine gerechte Abwägung der bereits gezeigten Interessen dar. Dem Besteller ist mit der Abnahme und der Prüffähigkeit des Werkes die Möglichkeit gegeben, Mängel zu erkennen und

(26) dies betrifft insbesondere die Vereinbarungen über Sicherheitsleistungen

(27) vgl. oben S. 48, 56

(28) S. 159

(29) Larenz Schuldrecht BT S. 268; Medicus Rn. 357

(30) auch der BGH hat bei Zusicherung einer Eigenschaft für Ansprüche aus § 463 anerkannt, daß die Frist des § 477 erst mit Kenntnisnahme des Schadens beginnt BGH NJW 73, 843 vgl. auch BGHZ 60,9 - oben S. 109

(31) vgl. oben S. 103 ff.

zu rügen. Unter Verwendung angemessener Fristen, deren Längen noch im einzelnen zu diskutieren sein werden, stellt dies einen optimalen Schutz des Bestellers bzw. Bauherrn dar. Hingegen würde die subjektive Kenntnisnahme als die Verjährung auslösendes Element für den Unternehmer einen unkalkulierbaren Faktor in den Fällen darstellen, in denen der Bauherr keinen engen Kontakt zur Leistung hat, z.B. bei nur einmal im Jahr bewohnten Skihütten. Es würde zudem das Risiko entstehen, daß Mängel trotz objektiver Erkennbarkeit subjektiv erst spät wahrgenommen werden. Damit aber würde dieser in der Sphäre des Bauherrn liegende Aspekt zu Lasten des Bauunternehmers verlagert.

Außerdem müßte in einer Vielzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen die Frage des Zeitpunkts der ohnehin noch subjektiven Kenntnisnahme geklärt werden. Das widerspricht jedoch der Absicht des Gesetzes, Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Einer entsprechenden Regelung steht auch entgegen, daß es nicht Sinn der Verjährungsfrist ist, dem Besteller Zeit zur Überlegung zu geben, ob er bestehende und erkannte Gewährleistungsansprüche erheben will (32). Würde nämlich die Gewährleistungsfrist erst ab Kenntnisnahme des Mangels laufen, so hätte die Frist für den Bauherrn vorwiegend die Funktion, die Erhebung von Ansprüchen zu beschließen und vorzubereiten. Dies widerspricht dem Beschleunigungszweck der Verjährung.

Die oben dargelegten Beispiele der Rechtsprechung in England und Skandinavien lassen erkennen, wie lange dort Schäden zu liquidieren sind. Anders als im englischen und skandinavischen Recht stehen im deutschen die oben näher dargelegten Ziele im Vordergrund, wonach Beweisschwierigkeiten und für den Unternehmer die Unkalkulierbarkeit der Gewährleistung vermieden werden sollen. Der Verjährungsbeginn ab Kenntnisnahme ist daher abzulehnen.

(32) vgl. oben S. 17

6. Eine gewisse Selbstregulierung könnte eintreten, wenn die VOB/B und somit die zweijährige Frist des § 13 Nr. 4 öfters oder sogar regelmäßig Vertragsgegenstand wäre, wie dies teilweise von der Literatur in Norwegen (33) angenommen wird. Dabei wäre denkbar, subjektiv darauf abzustellen, ob der Bauunternehmer regelmäßig seinen Angeboten bzw. Verträgen die VOB/B zugrundelegt, oder objektiv, ob für die jeweils geschuldeten Leistungen grundsätzlich erfahrungsgemäß die VOB/B einbezogen wird. Die Rechtsprechung ist bei der Einbeziehung der VOB/B relativ streng. So hat der BGH in seinem Urteil vom 21.10.1956 - VIII ZR 6/56 (34) den heute noch gültigen Grundsatz entwickelt, wonach die Geltung der VOB/B ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden muß. Eine Geltung kraft Verkehrssitte oder Handelsbrauch ist damit abgelehnt. Allerdings gibt es Sonderfälle, in denen ein übereinstimmender Parteiwille angenommen werden kann, der auf die Einbeziehung der VOB/B gerichtet ist. Locher (35) hält dies mit äußerster Zurückhaltung bei öffentlichen Aufträgen und behördeninternen Anordnungen im Einzelfall für möglich. Außerdem wird mitunter die VOB/B herangezogen, wenn das im BGB enthaltene Werkvertragsrecht im Einzelfall keine befriedigende Regelung anbietet. So hat das OLG Köln in seinem Beschluß vom 05.07.1973 - 10 W 17/73 (36) aus § 14 Nr. 1 VOB/B die Verpflichtung des Bauunternehmers zur Rechnungslegung hergeleitet, obwohl die Parteien die Geltung der VOB/B nicht vereinbart hatten, und das BGB eine solche Pflicht nicht kennt. Alle

(33) vgl. oben S. 58 Fn. 66

(34) BGH LM Nr.1 zu VOB/B § 13

(35) Baurecht Rn. 67

(36) NJW 73, 2111

diese Besonderheiten sind jedoch für die vorliegende Problematik nicht einschlägig. So kann wegen des Charakters der VOB/B das Erfordernis der stillschweigenden oder ausdrücklichen Vereinbarung nicht entfallen, selbst wenn die Geltung der VOB/B z.T. branchenüblich wäre.

Das ergibt sich auch aus dem auf die VOB/B anwendbaren AGBG (37). Danach bleibt es für die Einbeziehung der VOB/B bei den strengen Voraussetzungen des § 2 Abs.1 AGBG. Zudem sind die Abweichungen der VOB/B im Verhältnis zum BGB so gravierend, daß bei Geltung der VOB/B kraft ständiger Handelspraxis für beide Seiten erhebliche Rechtsnachteile entstehen. Aber auch die alleinige Heranziehung der Verjährungsfristen des § 13 Nr.4 VOB/B scheitert im Gegensatz zu dem vom OLG Köln entschiedenen Fall daran, daß das BGB hier eine klare und abschließende Regelung für die Verjährung enthält.

7. Bei einer Änderung der Verjährungsregelung de lege ferenda verdienen auch die Überlegungen von Daub (38) Beachtung. Daub hält im Rahmen der Verjährungsdiskussionen folgende Gesichtspunkte für maßgeblich:

- a) Erkennbarkeit der Mängel als solche
- b) Nachweisbarkeit der Mängelursachen
- c) Rückwirkung auf die Preise
- d) Wahrung des Rechtsfriedens

Trotz dieser vereinzelt Aufgliederung enthält die Übersicht nichts wesentlich neues. Der Faktor a) wird - wenn auch nicht folgerichtig - von der Rechtsprechung

(37) vgl. Locher NJW 77, 1801 ; Korbion VersR. 77, 681 a.E. ; a.A. Schmidt, Friedrich S. 95

(38) die Bauverwaltung 69, 313

als Element der Materialien zum BGB berücksichtigt; unter b) und d) sind jene Punkte zu erkennen, die einerseits - so b) - sonst im Zusammenhang mit dem Problem der Beweisschwierigkeiten, andererseits - so d) - als Begründung für die Institution der Verjährung schlechthin verwendet werden. In der Position c) wird der wirtschaftliche Interessenkonflikt, allerdings nur einseitig für den Bauunternehmer, aufgegriffen, ohne zugleich auch die wirtschaftlichen Belange des Bauherrn anzuführen. Zwar verursacht ein längerer Gewährleistungszeitraum für die Summe der Bauherrn eine Verteuerung, so daß in Punkt c) die Interessen der Bauherrn mittelbar berücksichtigt sind. Im Vordergrund muß aber das jeweilige Einzelergebnis, bzw. individuelle Vertragsverhältnis stehen. Es würde eine relative Verkürzung der Fristen mit dem Ziel, eine Rückwirkung auf die Preise zu verhindern, das Recht der einzelnen Bauherrn beschneiden, so daß Punkt c) in rechtlicher Hinsicht außer Betracht bleiben muß. Daub mißachtet die wirtschaftlichen Interessen und den Schutz gerade des einzelnen Bauherrn oder Bestellers.

Seine Ansicht, eine längere Frist sei wegen der unbekannten Beweisschwierigkeiten für den Bauherrn nicht immer besser, ist unverständlich. Dem kann nur entgegnet werden, daß dem Gläubiger ein schwierig zu beweisender Anspruch immer noch nützlicher ist als ein bereits verjährter.

8. Es ist auch zu fragen, ob nicht dem § 196 Abs.1 S.2 des Zivilgesetzbuchs der DDR Anregungen für eine Neuregelung entnommen werden können. Nach dieser Bestimmung richten sich die Verjährungsfristen z.T. nach der üblichen Verschleißdauer des jeweiligen Vertragsobjektes. Eine Bewertung dieser Regelung

wurde bereits oben (39) vorgenommen; trotzdem soll erwogen werden, ob nicht im Rahmen einer Neuregelung Gesichtspunkte dieser Vorschrift übernommen werden können. Das Element "Verschleiß" muß zunächst außerhalb der Verjährungsproblematik im Zusammenhang mit dem Fehlerbegriff betrachtet werden. Ob ein überdurchschnittlicher Verschleiß einer Sache, etwa eines Fußbodens o.ä. als Fehler iSv § 459 bzw. § 633 ff. anzusehen ist, läßt das BGB zunächst nicht erkennen. Der sprachlich nahestehende Rechtsbegriff "verbrauchbare Sache" hat zwar in § 92 Aufnahme gefunden, dieser Begriff umfaßt jedoch Sachen, deren Gebrauch in der tatsächlichen Vernichtung liegt wie etwa bei Lebensmitteln, Benzin o.ä. Nicht unter diesen Begriff fallen Sachen, bei denen der Gebrauch als ungewollte Nebenerscheinung langsam zur wirtschaftlichen Vernichtung führt wie bei Teppichen, Kleidungsstücken, Kraftfahrzeugen u.a. (40). Ob die auch mit dem Begriff "Haltbarkeit" umschriebene Eigenschaft fehlerbegründend sein kann, ist von Rechtsprechung und Literatur bisher nicht erörtert worden. Das hat sicherlich seine Ursache darin, daß es bei der Frage der Haltbarkeit um Sachen kleineren Wertes geht, bei denen prozessuale Auseinandersetzungen im allgemeinen ausbleiben. Das Element Verschleiß stellt einen Zustand bzw. Vorgang dar, der erst die Folge einer früheren Tatsache ist. So könnte etwa bei Verputzarbeiten die Vorstellung bestehen, derartige Leistungen weisen eine Haltbarkeit von ca. 5-10 Jahren auf. Nach Ablauf dieses Zeitraumes wäre also auch bei

(39) vgl. oben S. 65 f.

(40) vgl. Palandt § 92 Anm. 1

optimaler Leistung zu renovieren. Zeigen sich nun im Einzelfall bereits früher Mängel, etwa nach drei Jahren, so liegt zwar eine mangelnde Haltbarkeit vor, diese hat jedoch ihre Ursache darin, daß entweder ein falsches Mischungsverhältnis, fehlerhafte Materialien verwendet wurden, oder zur Unzeit - etwa bei Frost - verputzt wurde, was seinerseits einen Fehler der Leistung selbst darstellt, so daß das Element Verschleiß rechtlich nicht relevant werden kann, da es selbst das Vorliegen eines die Gewährleistung auslösenden Fehlers voraussetzt. Dann ist aber Verschleiß nur die Offenbarung eines immanenten Fehlers nach außen hin. Ihm kommt daher keine eigene rechtliche Bedeutung zu.

9. Auch die in der Schweiz auf den Parteiwillen abstellende Abgrenzungsmethodik (41) für den Begriff "Bauwerk" kann bei einer Neuregelung nicht übernommen werden. Zum einen sind der auf Dauerhaftigkeit gerichtete Parteiwille und das Risiko der Späterkennbarkeit von Mängel nicht im geringsten miteinander verbunden, zum anderen sind auch hier Beweisschwierigkeiten bezüglich des subjektiven Parteiwillens offensichtlich.

10. Für eine Neuregelung ist im übrigen ein Kollisionsfall zu berücksichtigen, der aus dem vom BGH (42) angenommenen Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer im Hinblick auf die Verjährungsfristen entsteht. Nach der inzwischen einheitlichen Auffassung, wonach - ohne ausdrückliche entgegenstehende Vertragsregelung - die Subsidiarität der Haftung des Architekten im Verhältnis zum Bauunternehmer aus

(41) vgl. oben S. 53

(42) BGHZ 43, 227 (230)

Ausführungsfehlern des Vorhabens nicht besteht, ergeben sich gerade bei einzeln vergebenen, früh erbrachten Teilleistungen erhebliche Probleme. Nach Ansicht des BGH (43) verjährt der zwischen Bauunternehmer und Architekt im Falle der Befriedigung des Bauherrn gemäß § 426 Abs.2 bestehende Ausgleichsanspruch selbständig in 30 Jahren. Im zitierten Fall konnte sich also der vom Bauherrn in Anspruch genommene Architekt nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Anspruch des Bauherrn gegen den Bauunternehmer bereits verjährt sei (44).

Im Ergebnis erscheint die Auffassung des BGH seltsam, wenn man bedenkt, daß etwa durch die - zeitlich ohnehin ausgedehnten - Leistungen des Architekten eine Verjährungsverlängerung für den Bauunternehmer dadurch eintritt, daß der Architekt beim Unternehmer selbst dann noch Regreß nehmen kann, wenn die direkten Ansprüche des Bauherrn gegen den Unternehmer bereits verjährt sind.

Das aufgezeigte Problem stellt sich allein im Bereich des Gesamtschuldverhältnisses; eine praxisgerechte Lösung ist nur denkbar, wenn der BGH von der 30-jährigen Verjährungsfrist Abstand nimmt, was allerdings nicht zu erwarten ist. Auf die Frage der einzelnen bauvertraglichen Verjährungsfristen ist die Problematik ohne Einfluß.

(43) WM 71, 101 (103); kritisch hierzu u.a. Schlechtriem in NJW 1972, 1552

(44) bereits aus diesem Grund erscheint es geboten, daß der Architekt seinem Vertrag die übliche Subsidiaritätsklausel zugrundelegt; die Literatur hat den BGH kritisiert, vgl. Werner/Pastor Rn. 614

VIII. K a p i t e l : Einzelheiten einer neuen Fristen- regelung

A. Die sogenannte Grundfrist

1. Der Vergleich europäischer Regelungen hat gezeigt, daß die deutschen Fristen insgesamt relativ kurz bemessen sind. Im Hinblick darauf, insbesondere aber auf die zunehmende Verkomplizierung jedes Gegenstandes und seines Gebrauchs schlechthin, die dazu führt, daß der Verbraucher bzw. Besteller die Kaufsache oder das Werk nicht mit wenigen Blicken oder Handgriffen prüfen kann (1) , erscheint es rechtspolitisch geboten, die gesetzliche Grundfrist sowohl des § 477 als auch des § 638 vorab auf ein Jahr zu verlängern.

2. Die Motive (2) enthalten ausführliche Erwägungen zur Frage, welcher Charakter der Frist nach § 477 (damals § 397) zukommt. Erwogen wurde dabei, die Frist entweder als Verjährungsfrist, wie dann später angenommen, oder als Präklusivfrist aufzufassen. Die Unterscheidung hat praktisch zur Folge, daß der Gläubiger bekanntlich zur Wahrung der Verjährungsfrist einen längeren Zeitraum benötigt als bei der Ausschlußfrist (3), so daß der Schluß naheliegt, die I. Kommission hätte eine Verlängerung von 6 auf 9 oder 12 Monaten vornehmen müssen, als sie sich für den

(1) a.A. Locher BauR 71, 221 (224)

(2) Mot. II S. 238 f.

(3) auf den praktischen Unterschied zwischen der einfachen schriftlichen Mängelrüge und der oft komplizierten und riskanten Klageerhebung bzw. Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens war bereits oben S.17 und 19 hingewiesen.

Verjährungscharakter der Frist entschied, um den praktischen Verhältnissen der Fristwahrung Rechnung zu tragen.

Während der Diskussion der Frage zum Fristencharakter war jedoch die bereits am 30.01.1877 veröffentlichte Zivilprozeßordnung, die in § 190 eine dem heutigen § 270 Abs.3 ZPO entsprechende Regelung enthielt, in kraft getreten, so daß die I. Kommission die praktischen Unterschiede, die über § 190 ZPO nahezu ausgeräumt waren, selbstverständlich kannte.

Die 6-monatige Grundfrist des Kaufrechts geht zurück auf Art. 229 des Dresdner Entwurfs, während der Entwurf für das Werkvertragsrecht keine eigene Gewährleistungsfrist enthielt (4). Die Einführung gerade der 6-monatigen Grundfrist für den Werkvertrag im BGB beruht ausschließlich auf der pauschalen Übernahme der Kaufregeln (5). Hätte die I. Kommission wie im Kaufrecht die Regelung des Dresdner Entwurfs übernommen, so wäre die ordentliche Verjährungsfrist von 30 Jahren maßgeblich geworden (6). Die Normierung der 6-monatigen Frist im Werkvertrag geht also auf keine eigenständigen Besonderheiten und Überlegungen zum Werkvertrag zurück, die hier zu berücksichtigen wären.

3. Im Bereich des Kaufrechts sind gerade in neuerer Zeit die Produktionsbetriebe der Rundfunk- und Fernsehbranche sowie der Autoindustrie dazu übergegangen, einjährige, wenn auch sachlich beschränkte, Gewährleistung zu übernehmen. Als weiteres Argument für die Verlängerung der Grundfrist auf 1 Jahr kommt hinzu,

(4) Protokolle zum Dresdner Entwurf S. 2336 f., 2339 f.

(5) Mot. II S. 486

(6) Protokolle zum Dresdner Entwurf S. 2340 f.

daß innerhalb eines Jahres generell sämtliche klimatischen Verhältnisse durchlaufen werden, so daß etwa der Motor des neu gekauften Fahrzeuges sowohl die heißen Sommertemperaturen als auch die winterlichen Kaltstarts während der Gewährleistungszeit durchhalten muß. Die Motive (7) beziehen sich auch hinsichtlich der Einführung der 6-monatigen Grundfrist im Kaufrecht nur auf den Dresdner Entwurf, ohne eine nähere Begründung für die Fristlänge anzubieten. Lediglich wird geäußert, daß der 6-monatige Zeitraum in manchen Fällen zu kurz sein könnte, so daß individuelle Vereinbarungen nötig seien. Die Kommission nahm damit bereits in Kauf, daß die 6-Monatsfrist eher zu kurz als zu lang ist (8).

4. Das Einheitliche Kaufrecht für Verträge zwischen Wirtschaftssubjekten aus Unterzeichnerstaaten des Haager Abkommens enthält eine mehrstufige Regelung für die Gewährleistung. Zunächst trifft den Käufer nach Art. 39 Abs.1 die Obliegenheit, einen Mangel innerhalb kurzer Zeit nach Übergabe oder Entdeckung anzuzeigen. Spätestens innerhalb von zwei Jahren nach Aushändigung muß eine Mängelanzeige erfolgt sein, anderenfalls nach Art. 39 Abs.1 S.3 die Gewährleistungsrechte erlöschen. Weil es sich dabei um eine Ausschußfrist handelt (9), kann der Gewährleistungszeitraum, innerhalb dessen der Käufer Schutz genießt, mit zwei Jahren beziffert werden. Hinzu kommt nun eine weitere Ausschußfrist nach Art. 49, wonach die Ansprüche - mit Ausnahmen - durch Klageerhebung innerhalb einer zusätzlichen Frist von einem Jahr

(7) Mot. II S. 239

(8) Mot. II S. 240 f.; Jakobs JuS 75, 78 f. legt in ähnlicher Weise dar, daß die 6-monatige Frist des § 638 auf einem Irrtum beruht und unbedacht ist.

(9) vgl. Dölle Art. 39 Rn. 6

geltend zu machen sind. Da für den vorliegenden Zusammenhang primär der Zeitraum überprüft werden soll, der zwischen Abnahme und spätestens möglichem Zeitpunkt der Entdeckung eines Mangels ohne Rechtsverlust liegt, muß die zweijährige Frist des Art. 39 Abs.1 S.3 des einheitlichen Kaufrechts zum Vergleich herangezogen werden. Es zeigt sich also auch hier, daß die deutschen Grundfristen von 6 Monaten sehr kurz bemessen sind.

Die Literatur hat dies kritisiert. Ballerstedt (10) betont, daß die 6-monatige Frist z.B. für eine Kraftfahrzeug-Reparatur zu kurz bemessen ist. Da seine Aussage zur Abgrenzungsproblematik zwischen der positiven Forderungsverletzung und § 635 erfolgt, wird deutlich, daß die Diskussion über die Abgrenzung durch die Tatsache beeinflußt wird, daß die Frist des § 638 von 6 Monaten als zu kurz angesehen wird, und daher mit dogmatischen Kunstgriffen auf eine andere, nämlich die des § 195 ausgewichen wird (11). Diese Frist von 30 Jahren ist für Gewährleistungsansprüche wiederum zu lang. Die Verdingungsordnung für Leistungen (ausgenommen Bauleistungen) - VOL (12) - nennt in Teil B § 14 keine eigene Verjährungs- oder Gewährleistungsfrist. Verschiedene Träger öffentlicher Verwaltung haben hierzu aber entsprechende Besondere Bedingungen geschaffen. So lauten die Allgemeinen Liefer- und Zahlungsbedingungen des Bundesministeriums des Innern vom 01. Juli 1966 (13) in Abschnitt XII :

Die in § 477 Abs.1 und § 638 Abs.1 BGB enthaltene Verjährungsfrist wird ... auf ein Jahr festgesetzt.

(10) S. 738 a.E.

(11) auch Jakobs - ebenda Fn. 7 - hält die 6-monatige Frist für zu kurz.

(12) nachzulesen in VOL S. 140

(13) ebenda S. 124

5. Ein weiterer Vorteil der verlängerten Grundfrist liegt darin, daß die Spanne zur dreijährigen Frist des § 852 reduziert wird. Soweit dies den Bereich des Kaufrechts betrifft, ist nach hM (14) ein Anspruch aus § 823 neben der Anwendung der §§ 459 ff. ohne weiteres möglich. Die Verjährung der Ansprüche wird zweispurig behandelt, so daß § 477 für die kaufrechtlichen, § 852 für die deliktischen Ansprüche gilt. Eine differenzierte Auffassung vertritt Schlechtriem (15), der die kurze Verjährungsfrist des § 477 im Deliktsrecht nur dort nicht anwenden will, wo eine Verletzung der in § 823 Abs.1 genannten Rechtsgüter, insbesondere der körperlichen Integrität vorliegt. Diese Unterscheidung ist sachdienlich, da sie berücksichtigt, ob der Schaden überwiegend im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag oder überwiegend durch allgemeine Verletzungsrisiken eingetreten ist. Beim Werkvertrag entfällt ein selbständiger Anspruch aus § 823 neben den §§ 633 ff. , sofern im Rahmen des § 823 Ansprüche wegen der Beschädigung des Werkes selbst geltend gemacht werden, da das zu beschädigende Werk im Zeitpunkt der angeblichen unerlaubten Handlung noch nicht vorhanden war (16). Neben einer Angleichung der Zeiträume des § 638 und des § 852 macht die verlängerte Grundfrist die parallele Anwendung des § 823 entbehrlich. Diese Anwendung erfolgte bisher aus praktischen Gründen, um über § 852 die kurze Frist des § 477 auszuschießen. Zu empfehlen wäre auch, die de lege ferenda geänderte Frist des § 477 auf § 823 anzuwenden.

(14) BGH NJW 60, 237 ; Erman Vor § 459 Rn. 33

(15) Ius privatum gentium S. 693 ff. (696)

(16) OLG München NJW 77, 438 mit Hinweisen

B. Die Sonderfristen

Neben dieser Grundfrist sind spezielle Fristen einzuführen, wobei zunächst zu unterscheiden ist zwischen kaufrechtlicher und werkvertraglicher Regelung.

1. Im Kaufrecht war bisher pauschal eine Fristverlängerung für bebaute und unbebaute Grundstücke enthalten. Bezüglich der unbebauten Grundstücke ist in keiner Weise ersichtlich, weshalb sich dort Mängel erst später herausstellen sollen. Daß die Fristverlängerung auf drei Jahre bei Landgütern nach preußischem Recht wegen der Dreifelderwirtschaft erfolgt war, ist bereits oben (16) gezeigt worden. Indem nun für das BGB und auch schon im vorangegangenen Dresdner Entwurf bei unbeweglichen Sachen eine einheitliche Frist von einem Jahr aufgenommen wurde, war die Berücksichtigung der Dreifelderwirtschaft schon damals aufgegeben worden. Nun mag aber beim Verkauf von unbebauten Grundstücken immer noch ein landwirtschaftlicher Aspekt Beachtung finden, wenn es nämlich um Feld- und Ackergelände geht, wo sich die biologische Beschaffenheit des Erdbodens erst nach verschiedenen Jahreszeiten beurteilen läßt. Diesen Besonderheiten genügt jedoch die einjährige Frist des § 477, wie sie bereits schon immer galt. Wird nun gerade die Grundfrist auf ein Jahr verlängert, so entfällt das Erfordernis einer Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen unbebauten Sachen. Soweit landwirtschaftliche Aspekte nicht zur Diskussion stehen, es vielmehr um ein - noch - ungenutztes, unbebautes Grundstück geht, sind weitere Gründe nicht erkennbar, die eine über die Grundfrist hinausgehende Verlängerung gebieten. Unter Berücksichtigung der Tat-

(16) vgl. oben S. 73

sache, daß auch die mangelnde Bebaubarkeit einen Sachmangel nach § 459 darstellen kann (17), darf vom Käufer verlangt werden, durch Einsicht in den Bebauungsplan oder durch eine Voranfrage den Streitpunkt der Bebaubarkeit innerhalb der Jahresfrist auf jeden Fall zu klären.

Was nun die bebauten Grundstück angeht, so wird man davon ausgehen müssen, daß für den Käufer entsprechend den oben aufgezeigten Risikogruppen das sog. Späterkennbarkeitsrisiko besteht. Fraglich ist aber, ob der Käufer im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung überhaupt vor diesem Risiko zu schützen ist. Auf der einen Seite steht die kaufrechtliche Besonderheit, wonach der Verkäufer zwar die Mangelfreiheit der Kaufsache schuldet, diese aber vom Käufer nicht wie die werkvertragliche Nachbesserung unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung geltend gemacht werden kann. Außerdem hat der Verkäufer selten Einfluß auf die Qualität der - oft von einem Lieferanten bezogenen - Kaufsache, so daß das Risiko den Käufer treffen müßte. Andererseits zeigt die Praxis im Bereich der hier zu behandelnden Grundstücke, daß sich eine Reihe von Wirtschaftsunternehmen ausschließlich damit befaßt, Grundstücke zu erwerben, zu bebauen und zu veräußern. Das aufgezeigte Problem ist teilweise vom BGH in der Entscheidung vom 05.05.1977 - VII ZR 36/76 (18) angeschnitten worden, der ein sog. Kauf vom Bauträger zugrunde lag. Im Verhältnis zum reinen Kaufvertrag hatte der Verkäufer die zusätzliche Verpflichtung übernommen, auf dem verkauften Grundstück ein Gebäude zu errichten. Auf die Errichtung dieses Gebäudes hat der BGH Werkvertragsrecht für anwendbar erklärt.

(17) BGH WM 69, 273

(18) BGHZ 68, 372 ff. = NJW 77, 1336

Die hier angestellten Überlegungen betreffen jedoch andere Fälle, in denen ein bereits bebautes Grundstück verkauft wird. Auf die Einzelheiten des Kaufs vom Bauträger wird unten noch eingegangen (19).

Ausgangsfrage für das aufgezeigte Problem ist sicher, ob die Verjährungsregelung der kaufrechtlichen Gewährleistung primär den Verkauf neuer Sachen im Auge hat oder auch den Verkauf alter und gebrauchter Sachen regeln will. Wäre letzteres der Fall, dann müßte auch bei bebauten Grundstücken dem Käufer ein Schutz zukommen, sofern Späterkennbarkeitsrisiken noch bestehen, da es wirtschaftlich keinen Unterschied machen darf, ob der Erwerber ein fertiges Haus erwirbt oder es selbst errichten läßt. Die Materialien enthalten auch hierzu keine Angaben. Der Sonderregelung über den Viehkauf könnte zwar entnommen werden, daß das Gesetz primär den Verkauf neuer und unbenutzter Sachen im Auge hat, aber gerade für den Viehkauf eine Sonderregelung treffen wollte. Beim Viehkauf sind jedoch über das normale hinausgehende Risiken vorhanden wie etwa ansteckende Krankheiten, die unbemerkt und sofort zum Tod des verkauften Tieres führen können.

Die hier angeschnittene Frage läßt sich praktisch an zwei Beispielen verdeutlichen. Im einen Fall verkauft der Verkäufer ein Grundstück, das er kurz zuvor hat bebauen lassen. Hier wäre es durchaus angemessen, den Verkäufer das Späterkennbarkeitsrisiko tragen zu lassen, zumal er selbst noch Gewährleistungsansprüche gegen seine Bauunternehmer geltend machen kann. Schwieriger ist die Frage im anderen Beispiel, wo ein älteres oder sogar altes Haus (5 oder 20 Jahre) verkauft wird. Hier erscheint es nicht sinnvoll, dem Verkäufer von

neuem das volle Risiko aufzubürden, da dieses durch die Errichtung und nicht die Veräußerung entsteht (20). Das auslösende Moment des Späterkennbarkeitsrisikos ist beim Kauf- und Werkvertrag verschieden, so daß beide Gewährleistungssysteme nicht identisch zu behandeln sind. Fraglich ist, ob eine Trennung der beiden Beispielsfälle zulässig und eine Differenzierung möglich ist. Die notariellen Kaufverträge enthalten durchweg einen im Rahmen der gesetzlichen Schranken zulässigen Gewährleistungsausschluß, da die Wirtschaft offensichtlich die Gefahr und Unkalkulierbarkeit der Gewährleistung und das in ihr steckende Späterkennbarkeitsrisiko im Baubereich erkannt hat. Dennoch ist es die oben (21) bereits erläuterte Pflicht des Gesetzes, auch zu dieser Frage eine Aussage zu machen. Die heute oft vereinbarte Abtretung von Gewährleistungsansprüchen zwischen Verkäufer und Käufer kommt den tatsächlichen Bedürfnissen hinsichtlich des Späterkennbarkeitsrisikos am nächsten, da diese zwischen den tatsächlich betroffenen Parteien verteilt bleibt (21 a). So geht auf der einen Seite dieses Risiko vom Bauunternehmer aus; es belastet also die Partei, die das Objekt im Zeitpunkt der Schadensentstehung zuletzt erworben hat und nutzt, also den späteren Käufer. Demzufolge ist es sinnvoll, die Gewährleistungsfristen bei bebauten Grundstücken wie im Verhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer zu bemessen, und zwar mit der Maßgabe, daß die Fristen mit der Abnahme seitens des Bauherrn - und späteren Verkäufers - beginnen, jedoch der Käufer auf jeden Fall eine Mindestfrist von einem Jahr ab Übergabe der Kaufsache hat, wie dies § 477 in der vor-

(20) allerdings nimmt das Risiko der Späterkennbarkeit mit zunehmendem Alter des Bauobjekts ab, so daß das Schutzbedürfnis des Käufers um so geringer ist.

(21) vgl. S.5

(21a) zu beachten ist hier das Klauselverbot des
§ 11 Nr.10 a AGBG

geschlagenen Fassung regelt.

In der inzwischen nicht bestätigten Ansicht, der BGH werde die Gewährleistung beim Verkauf eines gerade fertigen Bauwerkes vom Bauträger nach Kaufrecht regeln, hat Brych (22) erkannt, daß die kaufrechtliche Regelung für den Erwerber eines Bauwerkes nicht genügend Schutz bietet, und ähnlich objektbezogen vorgeschlagen, verschiedene Fristen ab Übergabe, Bezugsfertigkeit und sogar Rohbaufertigstellung einzuführen. Hier wird - wie dargelegt - deutlich, daß beim Kaufvertrag das Späterkennbarkeitsrisiko eben nicht durch den Vertragsschluß oder die Übergabe entsteht, sondern bereits seit der tatsächlichen Fertigstellung in der Kaufsache ruht. Wie lange die vom Werkvertrag zu übernehmenden Fristen sein sollen, wird noch besprochen werden (23). Weiter ist wie beim Werkvertrag die Frage aufzuwerfen, wie Grundstücke zu behandeln sind, die nicht gerade mit einem Gebäude, sondern etwa mit einer Stützmauer, einer Pumpanlage o.ä. versehen sind. Hier muß aus dem bisherigen gefolgert werden, daß die werkvertraglichen Fristen zwischen Unternehmer und Verkäufer in das Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer hineinspielen, so daß es im jeweiligen Fall darauf ankommt, wie die bauliche Anlage im Werkvertrag behandelt wird. Sollte etwa im Rahmen des § 638 Abs.1 S.1 eine zweijährige Frist - wie unten vorgeschlagen wird - für das jeweilige Objekt zutreffen, so gilt diese Frist auch für den Käufer, allerdings beginnend ab Fertigstellung bzw. Abnahme durch den Verkäufer. Dem Bedenken, daß mit der vorgeschlagenen Regelung zusätzliche Beweisschwierigkeiten entstehen, kann hier entgegnet werden, daß bei Gebäuden zumindest ein Schluß-

(22) NJW 76, 1072 ff.; jetzt anders entschieden

BGHZ 68, 372; vgl. im einzelnen unten S.154 f.

(23) vgl. unten S.143

abnahmeschein von der zuständigen Baubehörde erteilt wird, und bei sonstigen Bauleistungen durch Unterlagen aller Beteiligten ohne Schwierigkeit die Vollendung bzw. Abnahme zu beweisen ist, zumal die Darlegungs- und Beweislast auch hier auf der Seite des Verkäufers liegt, der im Rahmen seiner Einrede der Verjährung gegenüber den Gewährleistungsansprüchen des Käufers vorbringen muß, daß die Verjährungsfrist bereits verstrichen ist, da Vollendung bzw. Abnahme bereits über den maßgeblichen Zeitraum hinaus zurückliegen. Diese Beweisführung ist dem Verkäufer in der Regel möglich, so daß Beweisschwierigkeiten nicht zu erwarten sind. Innerhalb des Baubereichs ist nun im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung neben unbebauten und bebauten Grundstücken noch der Verkauf von Bauteilen, insbesondere Fertigbauteilen von großer praktischer Bedeutung. Auch hier kann der Bauherr, dem von seinem Unternehmer später eingebaute Materialien direkt überreicht werden, Mängel u.U. erst spät entdecken. Es ist daher zu prüfen, inwieweit im Einzelfall solche besonderen Risiken durch die Verwendung verkaufter Materialien entstehen können. Die Einzelheiten sollen nach Darlegung der für den Werkvertrag aufzustellenden Fristen besprochen werden.

2. Für werkvertragliche Gewährleistungsfristen sind die oben (24) genannten Risiken zu beachten:

- Das baustatische Risiko,
- das Durchfeuchungsrisiko,
- das Außenhautrisiko,
- das Risiko neuer Baustoffe

(24) vgl. S. 85 ff.

Bereits oben war ebenfalls darauf hingewiesen, daß das baustatische Risiko zu den folgereichsten und am stärksten mit der Gefahr der Späterkennbarkeit verbundenen gehört, so daß es hier bei der 5-Jahresfrist bleiben muß. Für die weiteren Risiken entfiel de lege lata aus dogmatischen Gründen die Anwendung der 5-Jahresfrist. Eine mittlere Frist fehlt (25). In die Lücke muß eine Frist von zwei Jahren treten, deren Länge mit den statistischen Erkenntnissen in Einklang steht. Dabei bietet gerade der zweijährige Zeitraum im Baubereich einen ausgewogenen Kompromiß zwischen der 5-jährigen Frist der konstruktiv-statischen Risiken und der generellen Frist von einem Jahr für die auch sonst in jedem technischen Bereich vorkommenden Risiken. Diese zweijährige Frist gilt nur für die Risikobereiche 2. und 3. . Der Bereich 4. ist zur einjährigen Grundfrist zu ziehen (25a). Die Einfügung einer mittleren Frist und ihre Anwendung entsprechen zum einen der auf praktischen Erfahrungen beruhenden Frist des § 13 Nr.4 VOB/B, zum anderen den statistischen Erkenntnissen, wie sie oben (26) dargelegt waren. Schon eine dreijährige Frist darf von der Praxis zu Recht als zu lang empfunden werden, zumal die Interessen des Bauherrn für einen solch langen Zeitraum keinen Schutz

(25) vgl. oben S. 90; die Zusätzlichen Technischen Vorschriften und Richtlinien für den Bau bituminöser Fahrbahndecken (TVbit 7/71 des BMin. f. Verkehr) sehen - je nach Fahrbahndicke - Fristen von 2, 3 und 4 Jahren vor (vgl. Bau-Enquête S. 551).

(25a) vgl. oben S. 98 f.

(26) vgl. oben S. 95 f.; als weitere Befürworter der Zweijahresfrist gelten Korbion DB 74, 79, Anderson BauR 70, 144 und Heiermann BB 74, 958 (1961).

mehr benötigen. Die Bauunternehmer waren noch vor wenigen Jahren in der Lage, sogar einjährige Gewährleistungsfristen vertraglich durchzusetzen. Auch das zeigt, daß eine dreijährige Frist nicht den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht. Zusammenfassend ergibt sich für den Wortlaut des § 638 Abs.1 S.1 folgende Fassung:

Der Anspruch des Bestellers ... sowie die Ansprüche ... verjähren ... in einem Jahr, bei Schäden, die auf bauspezifisch statische Risiken zurückgehen, in fünf Jahren, bei Schäden, die auf bauspezifische Durchfeuchtung zurückgehen oder die schützende Außenhaut einer baulichen Anlage betreffen, in zwei Jahren.

Mit dieser Änderung des Textes ist allerdings das sog. nutzungsbedingte Risiko nicht erfaßt. Hierzu war de lege lata die teleologische Auslegung des § 638 Abs.1 S.2 vorgeschlagen, die de lege ferenda zu folgender Fassung führt:

Die Verjährung beginnt mit der Abnahme, bei baulichen Leistungen jedoch nur insoweit, als der Besteller das Werk prüfen kann; ist dies ganz oder teilweise erst später möglich, so beginnt die Verjährung zu diesem Zeitpunkt, spätestens jedoch nach dem bei Bauwerken der betreffenden Art üblicherweise zu erwartenden Eintritt der Prüfbarkeit.

3. Ebenfalls ist eine Änderung der VOB/B zu erwägen, wobei nicht der Gesetzgeber, sondern der Deutsche Verbindungsausschuß für Bauleistungen (DVA) Adressat solcher Anregungen sein muß. Da auch die VOB/B in § 13 Nr.4 auf die Unterscheidung Bauwerk - Arbeit am Grundstück abstellt, ist die gleiche Änderung wie bei § 638 angebracht.

4. Aus diesen Erkenntnissen zum Werkvertrag folgt nun für die - oben offengelassene - kaufrechtliche Seite, daß bei den gleichen Bezugsobjekten wie bei den Fristen des § 638

Abs.1 S.1 die Fristen von 5 und zwei Jahren gelten, jedoch mit anderem Anfangszeitpunkt. Für die Lieferung von Baumaterialien oder Fertigteilen im Rahmen eines Kaufvertrages kommt es darauf an, ob und gegebenenfalls welche der auf S. 140 genannten Risiken für den Käufer entstehen können. Werden etwa Spannbetontträger verkauft, so muß für den Käufer - und Bauherrn - eine 5-jährige Frist gelten, soweit statisch konstruktive Risiken bestehen. Betrifft der Verkauf jedoch etwa einen Wasserkessel, so gilt die einfache einjährige Frist. Beim Verkauf eines Hausgrundstückes sind die Risikogruppe 1. der 5-jährigen, die Gruppen 2. und 3. der 2-jährigen und die sonstigen Mängelrisiken der einjährigen Frist zugeordnet.

C. Einführung von Ausschußfristen

Aus den oben (27) dargelegten kollidierenden Interessen war gefolgert worden, daß es neben den Verjährungsfristen zum Schutz des Bauunternehmers geboten ist, für die Geltendmachung seitens des Bauherrn zusätzlich Ausschußfristen einzuführen, innerhalb derer der Bauherr Mängel schriftlich geltend machen muß. Die Systeme Österreichs, der Schweiz und der DDR enthalten entsprechende Regelungen (28). Eine Notwendigkeit für die Ausschußfristen liegt einerseits im subjektiven Interesse des Bauunternehmers, möglichst bald über die Gewährleistung informiert zu sein, zum anderen in dem in den Materialien ausdrücklich hervorgehobenen objektiven Ziel der Vermeidung oder Reduzierung von Beweisschwierigkeiten.

Im einzelnen stellt sich die Frage, ob die jeweilige Ausschußfrist an eine bestimmte Zeitdauer (etwa einige Tage oder Wochen) oder den sonst üblichen Rechtsbegriff "unverzüglich" gekoppelt werden soll. Dabei ist zu beach-

(27) vgl. S. 112

(28) vgl. oben S. 52, 53, 63 ff.

ten, daß die Frist durch die Zustellung einer einfachen schriftlichen Mängelanzeige einzuhalten sein sollte. Soweit die Vertragsparteien auf deutschem Boden domicilieren, kann für den Erklärenden eine Postverzögerung von ein bis drei Tagen eintreten. Schwieriger ist es bei Auslandsgeschäften, vor allem mit den zunehmend bauinteressierten Entwicklungsländern. Es entsteht die Frage, ob nicht auf den Zeitpunkt der Absendung wie bei Art. 39 Abs.3 EKG abgestellt werden sollte. Dann würde der Bauunternehmer den Nachteil der verspäteten oder steckengebliebenen Übermittlung tragen, was zumutbar wäre, da ihn die Ausschußfrist begünstigt. Abzustellen ist deshalb allein auf den Zeitpunkt der Absendung. Dem Bauherrn ist eine Frist von zwei Wochen einzuräumen. Diese Frist stellt im Gegensatz zum unbestimmten Rechtsbegriff einen klar festgelegten, leicht beweisbaren und angemessenen Zeitraum dar.

Dem § 638 mit dem auf S. 143 vorgeschlagenen Inhalt müßte danach als Absatz 4 hinzugefügt werden:

Der Besteller verliert die Rechte des Absatz 1., wenn er nicht innerhalb einer Ausschußfrist von zwei Wochen nach Entdeckung des Mangels eine schriftliche Mängelanzeige an den Unternehmer absendet.

D. Aufnahme von Ausschußfristen im Kaufrecht

Da für den Baubereich eine Angleichung der kaufrechtlichen an die werkvertragliche Regelung vorgeschlagen worden war, ergibt sich die Frage, ob auch im Kaufrecht Ausschußfristen einzuführen sind. Wie oben (29) dargelegt, hat sich die I. Kommission unter Ablehnung von Ausschußfristen für den Verjährungscharakter entschieden. Diese Überlegungen gelten jedoch nicht für die Frage der zusätzlichen Einführung von Ausschußfristen. Solche sind geboten aus dem

Interesse des Verkäufers an alsbaldiger Klarheit, wenn er auch nicht die typisch werkvertragliche Nachbesserung schuldet. Es spricht auch hier das Ziel der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten für die Einführung der Ausschlußfrist, so daß entsprechend dem obigen Vorschlag der Wortlaut des § 477 wie folgt zu ändern ist:

1. Der Anspruch ... verjährt ..., sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, frühestens in einem Jahr von der Ablieferung bzw. Übergabe an.
Die Frist beträgt außerdem bei Mängeln,
 - a) die auf bauspezifisch statische Risiken zurückgehen, 5 Jahre,
 - b) die auf bauspezifische Durchfeuchtung zurückgehen oder die schützende Außenhaut einer baulichen Anlage betreffen, zwei Jahrejeweils beginnend mit dem Zeitpunkt der erstmaligen Abnahme oder Fertigstellung der Kaufsache.
Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.
2. wie bisher
3. " "
4. Der Käufer verliert die Rechte des Abs. 1., wenn er nicht innerhalb einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nach Entdeckung des Mangels eine schriftliche Mängelanzeige an den Verkäufer absendet.

Die für § 638 Abs.1 S.2 vorgeschlagene Textänderung, wonach die Verjährung erst beginnt, wenn der Besteller das Werk prüfen kann, ist für § 477 nicht zu übernehmen, da die Prüfbarkeit der Kaufsache während der Gewährleistungszeit nicht vorausgesetzt wird. Dies ergibt

sich aus den bereits zitierten Materialien (30) und ist vom BGH (31) ausdrücklich anerkannt worden. Die Begriffe bauspezifisch statisches Risiko und bauspezifische Durchfeuchtung sowie Außenhaut sind bereits oben beschrieben worden (32). Als bauliche Anlage ist jedes Ergebnis einer baulichen Tätigkeit zu verstehen, gleichgültig ob es fest mit dem Erdboden verbunden ist.

(30) vgl. oben S. 104; Mot. II S. 239, 490 f.

(31) BGH NJW 61, 730 f., vgl. oben S. 101 und 110

(32) vgl. oben S. 86

IX. K a p i t e l : Besondere Leistungsformen und Vertragsgestaltungen

A. Der Hochhausbau

Entsprechend der früheren amerikanischen Entwicklung nimmt nun auch in Deutschland und Europa seit einigen Jahrzehnten der Hochhausbau enorm zu, wobei als Beispiel nur an die Frankfurter Innenstadt erinnert sei. Als Hochhaus soll im folgenden entsprechend den öffentlichrechtlichen Bauordnungen und § 2 Abs.4 der Musterbauordnung ein über 22 m hohes Hochhausobjekt verstanden werden.

Als Besonderheit stellt der Hochhausbau grundsätzlich an die mit den oben gezeigten Risikobereichen 1. und 2. behafteten Partien hohe Anforderungen. Zum einen entstehen große statische Probleme, die eine spezielle Planung und genaue Einhaltung der Pläne verlangen. Zum anderen sind wegen der Bauhöhe tiefere Baugründungen erforderlich, die regelmäßig in Grundwasserschichten mit höherem Druck vordringen, so daß die Abdichtung der Fundamente und Untergeschosse besonders sorgfältig vorzunehmen ist. Hinsichtlich der die Gewährleistung auslösenden Schäden ist hervorzuheben, daß nachträgliche Arbeiten an den statisch durch Feuchtigkeit beanspruchten Fundamenten wegen der hohen Belastungen vertikaler aber auch horizontalen Art meist sehr kostpielig sind.

Für den Hochhausbau ergibt sich die Frage, ob die gesamten technischen Besonderheiten eine Abänderung der Verjährungsfristen verlangen, insbesondere die Kernfrage, ob hier zusätzliche Risiken der Späterkennbarkeit bestehen. Soweit wegen der überdurchschnittlichen langen

Bauzeit von Hochhäusern Mängel an frühen Leistungen erst später bei Bezug entdeckt werden können, darf auf die oben vorgeschlagene Änderung des § 638 Abs.1 S.2 verwiesen werden, wonach der Verjährungsbeginn von der Prüfbarkeit des Werkes abhängt, und dadurch jeder Einzelfall konkret sachlich geregelt wird. Auch hinsichtlich der statischen und Feuchtigkeitsprobleme liegt nur eine quantitative Verstärkung vor; die relative Späterkennbarkeit ist nicht größer, so daß rechtspolitisch eine Verlängerung der Verjährung nicht notwendig ist. Die z.T. sicherlich umfangreichen Mängel sind in gleicher Zeit zu entdecken wie beim Normalbau. Dies gilt trotz den hohen statischen Anforderungen, da die Hochhausbauten besonders stabil konstruiert und errichtet werden. Es liegt also nur eine Verstärkung der sich gegenüberstehenden Kräfte - auf der einen Seite die baulich hohen Beanspruchungen und auf der anderen Seite die Standfestigkeit und Haltbarkeit des Objekts insgesamt - vor, die den Faktor der Erkennbarkeit von Mängeln zeitlich nicht beeinflußt.

Die Verhältnisse beim Hochhausbau verlangen daher rechtlich keine besondere Behandlung. De lege lata sind wie im konventionellen Hochbau nur die statischen Risiken der 5-Jahresfrist unterstellt. Die zu § 638 vorgeschlagene Änderung de lege ferenda berücksichtigt alle maßgeblichen Risiken.

B. Fertigteilbau

Die zunehmende Industrialisierung des Baugewerbes hat dazu geführt, daß erhebliche Teile oder komplette Vorhaben nicht an Ort und Stelle fabriziert werden, sondern serienmäßig vorgefertigt und am Bauplatz nur noch montiert werden. Als Extremform hat sich dabei sogar ver-

einzelnt die fertige Aufstellung eines - etwa bei größeren Warenhäusern zu beziehenden - schlüsselfertigen Hauses in der reinen Form des Kaufvertrages herausgebildet. Da diese Sonderform heute nicht mehr gebräuchlich ist und statistisch nur einen geringen Anteil ausmacht, soll darauf nicht eingegangen werden. Der heute vorherrschende Kauf vom Bauträger wird noch besprochen (1); im Vordergrund soll zunächst der Fertigteilbau stehen. Die Zunahme dieser Bauform hat das Statistische Bundesamt veranlaßt, seit 1965 diesen Bereich in den Statistischen Jahrbüchern gesondert auszuweisen. Dabei geht das Bundesamt davon aus, daß in der Statistik ein Bauwerk als Fertigbau gilt, wenn geschoßhohe oder raumbreite Fertigteile, z.B. großformatige Wandtafeln, für Außen- oder Innenwände verwendet werden. Nicht als Fertigteil sind an der Einbaustelle hergestellte - tragende oder nichttragende - Bauteile anzusehen, die mit Anschlußmitteln versehen werden müssen, mit deren Hilfe sie ohne weitere Bearbeitung zum Bauwerk zusammengefügt oder mit örtlich hergestellten Bauteilen verbunden werden können (2).

Diese Definition ist auch über den statistischen Bereich hinaus beachtlich, da nach dem allgemeinen Sprachgebrauch Einrichtungs- oder Einbauegegenstände wie Türen, Wandschränke, Teppichböden oder technische Apparaturen, die vorgefertigt geliefert werden, nicht als Fertigteil zu bezeichnen sind. Von den 1976 in der Bundesrepublik einschließlich Berlin fertiggestellten 223.396 Bauten waren 21.203 Wohngebäude und 5.674 Nichtwohngebäude im Fertigbau errichtet worden (3).

Nach der o.a. und hier übernommenen Definition fallen auch nichttragende Teile unter den Begriff der Fertigteile. Dies ergibt sich aus dem zweiten Satz der Definition

(1) vgl. unten S. 153 f.

(2) s. Häring S. 10,8 Fn. 2

(3) Statistisches Jahrbuch 1977 S. 203 f.

und hat seine Berechtigung darin, daß ganze Innenwände zwar als Raumteiler eingebaut werden können, trotzdem aber für die darüber befindliche Decke statisch nicht erforderlich sind. Jedes Fertigteil bildet daher nicht notwendig ein konstruktiv unentbehrliches Element eines Gesamtgebäudes, wenn dies auch oft der Fall sein wird. Bei der rechtlichen Beurteilung ist zu differenzieren.

1. Wird ein Gesamtvorhaben von einem das Hauptgewerbe ausführenden Unternehmer unter Verwendung von Fertigteilen erstellt, so ändert sich an den bisherigen Ergebnissen nichts : De lege lata ist zu prüfen, welche Risiken sich verwirklicht haben, und dann die entsprechende Frist anzuwenden. Da mit Ausnahme bei den statischen Risiken die Frist von 6 Monaten gilt, bestehen keine Bedenken, die rechtspolitische Lösung zu verwenden.

2. Der Fall der separaten Herstellung von Fertigteilen, der weitaus problematischer ist, hat den BGH bereits in der Entscheidung vom 18. März 1968 (4) beschäftigt. Dort war allerdings zusätzlicher Vertragsinhalt, daß der Lieferant einen individuellen Verlegeplan für die von ihm erstellten Betonteile fertigt, also zusätzlich eine geistige Leistung erbringt. Der BGH hat wegen dieser zusätzlichen Leistung die Gewährleistung dem Werkvertragsrecht entnommen; dies geschah offensichtlich, um unbillige Ergebnisse der 6-Monatsfrist des § 477 zu vermeiden.

a) Hat eine Baufirma ausschließlich nichtvertretbare Fertigteile zu liefern, so stellt sich im Bereich der §§ 651 Abs.2, 635, 638 die Frage, ob der Mangel der baustatischen Risikogruppe und damit der 5-jährigen Frist angehört. Für vertretbare Fertigteile ist nach § 651 Abs.1 S.2, 477 eine Frist von 6 Monaten vorgesehen.

(4) BGH NJW 68, 1087

Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da auch aus der Lieferung von vertretbaren Fertigteilen erhebliche Risiken der Späterkennbarkeit entstehen können. Entsprechend dem obigen Vorschlag de lege ferenda (5) muß daher der Verkäufer für baustatische Schäden 5 Jahre Gewähr leisten.

b) Hat dagegen der Lieferant - wie im obigen BGH-Fall - auch statische Berechnungen und Unterlagen zu erstellen, so wird zunächst das Übergewicht des jeweiligen Leistungsteils zu ermitteln sein. Überwiegt der materielle Teil, wobei die zu erstellenden Unterlagen nur etwa die Funktion einer allgemeingültigen Gebrauchsanweisung haben, die notwendig ist, weil niemand außer dem Lieferanten weiß, wie das Produkt beschaffen ist, so ist die Herstellung der Unterlagen als Nebenpflicht zu bewerten. Für die Herstellung der Materialteile bleibt es bei der Frage, ob statische oder andere Risiken tangiert sind. Stellt die Berechnung einen gleichwertigen oder gar höherwertigen Bestandteil dar, so gelten für Fehler der Berechnung die Grundsätze über geistige Leistungen (6). Hinsichtlich der Gewährleistungsfrist für das Produkt selbst bleibt es bei der Frage, welche Risiken sich verwirklicht haben. Weisen so die zu liefernden Träger nicht die erforderliche Tragfähigkeit auf, so gilt die 5-jährige Frist; sind die Träger schlicht zu kurz, bleibt es bei der Jahresfrist.

Entgegen der Ansicht des BGH ist kein Bedürfnis ersichtlich, die Verjährung von gleichzeitig materiellen und geistigen Leistungen im Bereich der Fertigteillieferung einheitlich zu regeln. Die Abstimmung der kaufrechtli-

(5) vgl. S. 129 ff., 142

(6) vgl. im einzelnen unten S. 175 ; generell ist für die Verjährungsfrist maßgeblich, ob sich die geistige Leistung auf eine bewegliche Sache, eine Arbeit am Grundstück oder ein Bauwerk bezieht.

chen Verjähren auf die Bauprobleme führt zu einer sachgerechten, das Späterkennbarkeitsrisiko berücksichtigenden Lösung.

Zusammenfassend ergibt sich, daß beim Fertigbau de lege lata erhebliche Probleme bestehen. Soweit ein Gesamtvorhaben unter Verwendung von Fertigteilen errichtet wird, ist die Situation identisch mit der beim normalen Hochbau. Da für die Risikogruppen mit Ausnahme des baustatischen Risikos de lege lata die kurze Frist von 6 Monaten gilt, muß die Vorschrift des § 638 Abs.1 und 2 geändert werden. Eine besondere Berücksichtigung des Fertigbaues im Wortlaut ist nicht erforderlich, weil de lege ferenda auf Risikogruppen abgestellt wird.

Bei der Herstellung von vertretbaren Fertigteilen ist die Frist der §§ 651 Abs.1 S.2, 477 von 6 Monaten zu kurz. Die Änderung des § 477 führt zur Anwendung der 5-Jahresfrist, wenn sich statische Risiken verwirklichen.

C. Kauf vom Bauträger

1. Neben der technischen Entwicklung des Fertigteilbaues hat sich als zweite, juristische Evolution der sog. Kauf vom Bauträger innerhalb der letzten 20 Jahre stark verbreitet (7), wobei aufgrund der kombinierten Vertragsgestaltung bis vor kurzem zwei Grundtypen mit rechtlicher Bedeutung unterschieden wurden.

(7) zur Entwicklung s. Reithmann S. 9 ff.

a) Im einen Fall ist das Bauvorhaben im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht begonnen, wohl aber vom Bauträger - oft serienmäßig - geplant. Entsprechend dem Baufortschritt hat der Käufer anteilige Raten der sog. Kaufsumme zu entrichten, wobei die letzte Rate meist bei Schlußabnahme durch den Käufer oder bei Erteilung des Schlußabnahmescheins durch die Baubehörde fällig ist. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen, wonach die Errichtung letztlich vom Käufer finanziert wird, behandelt die Rechtsprechung diese Vertragsgestaltung zwar als Kaufvertrag, wendet aber hinsichtlich der Herstellungspflicht und der daraus resultierenden Gewährleistung Werkvertragsrecht an, also die §§ 633 ff. (8).

b) Im anderen Fall errichtet eine Baufirma oder auch eine Verwaltungs- oder Organisationsgesellschaft auf ihrem Grundstück ein Vorhaben mit eigenen Mitteln, um dieses anschließend zu veräußern. Hier ist Kaufrecht maßgeblich (9).

Aus der Entscheidung des BGH vom 05.05.1977 (10) ergibt sich für den Bauträgerkauf eine zusätzliche Abgrenzungsproblematik. Bisher war davon auszugehen, daß bei Übertragung eines vom Verkäufer oder Bauträger zuvor bebauten Grundstückes in der Regel nicht nur hinsichtlich der generellen Vertragsgrundlage, sondern auch hinsichtlich der Gewährleistung Kaufrecht gilt. Dieser Grundsatz ist überholt, nachdem der BGH auch für diesen Fall die Gewährleistung dem Werkvertragsrecht entnimmt (11). Problematisch ist nun die Abgrenzung,

(8) BGH BauR 73, 247; NJW 76, 515; BGHZ 68, 372 = NJW 77, 1336; Ohmen DtNZs 75, 344 ff.

(9) Ohmen ebenda; Kocble NJW 74, 724

(10) BGHZ 68, 372 = NJW 77, 1336

(11) die von Brych in NJW 76, 1072 (Fn.4) geäußerte Vermutung, der BGH werde bei fertigen Objekten insgesamt Kaufrecht anwenden, hat sich damit nicht bestätigt. Brych selbst will ausschließlich Kaufrecht anwenden, s. NJW 75, 2328

wann im einzelnen bei Veräußerung eines bebauten Grundstückes insgesamt Kaufrecht, und wann für die Gewährleistung Werkvertragsrecht gilt.

Der BGH hat darauf abgehoben, daß der Bauträger oder der Veräußerer die Errichtung des Vorhabens schuldete, obwohl dieses bei Vertragsabschluß bereits fertig errichtet war (12). Von Bedeutung kann ebenfalls die Finanzierungsregelung sein. Haben die Parteien die Entrichtung der Kaufpreisraten an den Baufortgang gekoppelt, so wird als Rechtsgrundlage für die Gewährleistung das Kaufrecht regelmäßig ausscheiden. Dem BGH kann nicht gefolgt werden, wenn er die Abgrenzung von reinen Formalien abhängig macht. In der zitierten Entscheidung hatte er vor allem berücksichtigt, daß die Vertragsbedingungen des Veräußerers dessen Verpflichtung zur Errichtung des Vorhabens enthielten, obwohl dieses bereits fertiggestellt war. Hätte der Veräußerer in seinen Geschäftsbedingungen die Errichtungspflicht nicht erwähnt, was ohnehin lebensfremd war, so hätte der BGH hinsichtlich der Gewährleistung Werkvertragsrecht nicht anwenden können. Das Resultat der Entscheidung ist deshalb wohl nur auf das Bedürfnis zurückzuführen, den Erwerber oder Käufer vor der kurzen Frist des § 477 zu schützen (13). Denn auch nach Kaufrecht stünden dem Erwerber die Ansprüche zu, die ihm der BGH aus dem Werkvertragsrecht gewährt hat (14). Um so mehr

(12) BGHZ 68, 374, NJW 77, 1337

(13) so auch Brych NJW 75, 2327 f.

(14) mit Ausnahme des Anspruchs auf Vorschuß für Mängelbeseitigung durch Drittfirma

folgt daraus die Notwendigkeit, die Verjährungsfristen im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht nur hinsichtlich ihrer Längen, sondern auch hinsichtlich ihrer Bezugsobjekte untereinander abzustimmen, wie dies oben (15) vorgeschlagen wurde. Nach diesem Vorschlag hätte der BGH keine Veranlassung gehabt, den praktisch als Kaufvertrag zu betrachtenden Bauträgerkauf bei Abschluß nach Fertigstellung hinsichtlich der Gewährleistung dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, da die Frist des dann geänderten § 477 dem Erwerber genügend Schutz bietet.

Daß die Parteien mit der formularmäßig aufgenommenen Errichtungspflicht allein die Pflicht zur Nachbesserung des mangelhaften Bauwerks gemeint haben, ist nicht anzunehmen, da sie in diesem Fall ausdrücklich eine Nachbesserungspflicht vorgesehen hätten. Besteht aber in den Fällen, in denen das Bauwerk bereits erstellt ist, von Anfang an keine Pflicht zu dessen Neuherstellung, steht mithin die Errichtungspflicht nur auf dem Papier, so kann sich die Gewährleistung nur nach Kaufrecht richten.

2. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

- a) Im Ausgangsfall, wo bei Vertragsabschluß das Vorhaben noch nicht begonnen ist oder kurz vor der Vollendung steht, bleibt es wegen der vom BGH - hier zu Recht - angenommenen Errichtungspflicht des Bauträgers bei der Anwendbarkeit der §§ 631 ff., § 638, wobei für die Verjährungsfristen de lege lata entsprechend der einschränkenden Auslegung differenziert werden muß. Da hiernach überwiegend die 6-Monatsfrist gilt, erweist sich die vorgeschlagene Gesetzesänderung als dringend notwendig.
- b) Im Sonderfall, wo der Bauträger bei Vertragsabschluß das Vorhaben bereits fertiggestellt hat, finden auch für die Gewährleistung die §§ 433, 459 ff. Anwendung.

De lege lata ist die Frist des § 477 offenkundig zu kurz. Sie wird de lege ferenda durch eine verlängerte Frist entsprechend dem obigen Vorschlag ersetzt, so daß es des dogmatisch zweifelhaften Kunstgriffs des BGH nicht mehr bedarf.

D. Wohnungseigentum

1. Die in § 1 Abs. 2 WEG verfaßte Aufspaltung des Wohnungseigentums in einen individuellen und einen sozialen Anteil hat zur Folge, daß auch die dem Käufer zustehenden Gewährleistungsansprüche getrennt zu betrachten sind.

a) Betreffen diese Ansprüche das Sondereigentum, so stehen dem Erwerber wegen des individuellen Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Verkäufer direkte Gewährleistungsansprüche zu, die sich aus §§ 459 ff. ergeben (16). Hinsichtlich der Verjährung sind keine Probleme ersichtlich. De lege lata folgt die einjährige Frist aus der Zuordnung des Sondereigentums zum Begriff der unbeweglichen Sachen innerhalb des § 477.

Auch für das Wohnungseigentum ist diese Frist - vor allem in Bereich der statischen Risiken - zu kurz. Die bereits dargelegte Verlängerung der Gewährleistungsfristen de lege ferenda betrifft jedoch ebenfalls das Sondereigentum.

b) Größer sind die Probleme bei den Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums. Hier ist höchst umstritten, wer - und mit welchem Inhalt - Gewährleistung verlangen kann (17). Neben dieser hier

(16) vgl. Deckert NJW 73, 1073 Fn. 3 mit Hinweisen

(17) OLG Köln NJW 68, 2063; OLG München NJW 73, 2027;

OLG Frankfurt MDR 74, 848; KG NJW 76, 522; LG Dortmund BauR 76, 211; Deckert NJW 75, 855 ff.; BGHZ 62, 388(393); Brych NJW 76, 1097

nicht bedeutsamen Fragen ist unklar, wann hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums die Übergabe erfolgt, und wann die Verjährung des § 477 Abs.1 beginnt (18), da in der Praxis die einzelnen Wohnungen oft sukzessive verkauft und übereignet werden, so daß eine objektbezogene und eine subjektbezogene Betrachtung möglich ist. Da die Gewährleistungsrechte aus dem individuellen Kaufvertrag stammen, ist eine isolierte Betrachtung für jeden Erwerber möglich. Zur Vertragserfüllung ist weder auf der Seite des Veräußerers noch der des Erwerbers erforderlich, daß die Gesamtanlage bereits an alle Miteigentümer übertragen worden ist. Daher beginnt die Frist des § 477 mit der individuellen Übergabe von Sonder- und Gemeinschaftseigentum an den Erwerber (19).

Denkbar ist allerdings, daß bei Vertragsabschluß Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum zwar fertiggestellt sind, die Übergabe des Gemeinschaftseigentums aber aus irgendwelchen Gründen verzögert wird. Kapellmann (20) meint, eine nach Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum differenzierende Behandlung sei ausgeschlossen, da sonst die Verjährung verschieden sei, etwa für tragende Wände (Gemeinschaftseigentum) und nichttragende Wände (Sondereigentum) (21). Kapellmann ist zuzustimmen, wonach aufgrund der Klammerwirkung des § 6 Abs.1 und 2 WEG eine getrennte Übergabe nicht möglich ist. Sie würde auch die Einheit des Objekts - der Gedanke des § 6 WEG - zerstören. Die einheitliche

(18) Deckert NJW 73, 1074 schlägt eine formelle Übergabe vor.

(19) Reithmann Rn. 76

(20) MDR 73, 2 bzw. 1

(21) Deckert NJW 75, 855 bezieht sich ebenfalls auf die praktische Einheitlichkeit des zumeist insgesamt im voraus bezahlten Objekts.

Betrachtung des Wohnungseigentums führt dazu, daß im genannten Beispiel die Frist des § 477 erst zu laufen beginnt, wenn nach der Übergabe des Sonder Eigentums auch das Gemeinschaftseigentum übergeben ist. Eine Teilabnahme nach §§ 641 Abs.1 S.2, 646 BGB, § 12 Nr. 2a VOB/B scheidet aus, da es sich nicht um tatsächlich aufteilbare, sondern nur juristisch aufgespaltene Leistungen handelt.

De lege lata ist aus den obigen Gründen für Ansprüche bezüglich des Gemeinschaftseigentums die 6-Monatsfrist zu kurz.

Auch hier zeigt sich die Bedeutung der vorgeschlagenen Verlängerung des § 477.

3. Wie bereits bei der Behandlung des Kaufs vom Bauträger dargestellt wurde (22), ist die Anwendung von Werkvertragsrecht auf die Gewährleistungsrechte beim Erwerb eines bei Vertragsabschluß fertigen Objekts nicht erforderlich, wenn man § 477 - wie vorgeschlagen - ändert. Dies gilt auch für den Erwerb von fertigen Eigentumswohnungen.

4. Anders stellt sich die Problematik dar, wenn sich der Erwerb auf ein bei Abschluß des Vertrages - auch teilweise - noch nicht fertiggestelltes Vorhaben bezieht. Der BGH (23) hat dabei zu Recht die Gewährleistungsansprüche ausschließlich nach Werkvertragsrecht bestimmt. Wie zuvor beim Bauträgerkauf zeigt sich, daß die Diskrepanzen zur Frage, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht gelten soll, dadurch entstehen, daß die Frist des § 477 von einem Jahr zu kurz ist, und diese Diskrepanzen nur ausgeräumt werden können, indem man das Kaufrecht und das Werkvertragsrecht hinsichtlich der Verjährung unter Berücksichtigung der jeweiligen Späterkennbarkeitsrisiken gleichstellt, wie dies oben vorgeschlagen wird (24).

(22) vgl. S. 154 f.

(23) NJW 75, 47; 76, 515

(24) vgl. oben S. 145 f.

a) Sind bei einem Vorhaben Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum bei Vertragsabschluß noch nicht fertiggestellt, so ist auch insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden. Werden Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum gleichzeitig fertiggestellt, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Für die besondere Situation, wo Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum getrennt fertiggestellt werden, muß die Behandlung einheitlich sein, wie oben (25) dargelegt wurde.

b) Als Sonderfall ist denkbar, daß bei Vertragsabschluß zwar das Sondereigentum, aber noch nicht das Gemeinschaftseigentum fertig ist bzw. umgekehrt. Hier würde eine Aufspaltung des Wohnungseigentums dazu führen, daß hinsichtlich der Gewährleistung für das Sondereigentum Kaufrecht, für das Gemeinschaftseigentum Werkvertragsrecht gilt bzw. umgekehrt (26).

Es hat den Anschein, als ob Fälle dieser Art nur selten vorkämen. Ist aber etwa die Heizungsanlage noch nicht montiert, so ist auch das Sondereigentum noch nicht fertiggestellt. Es zeigt sich, wie zutreffend der Grundsatz der Einheit des Wohnungseigentums ist, da überall technische Zusammenhänge bestehen. Möglich ist auch, daß eine Schwimm- oder Saunaanlage noch nicht fertiggestellt ist. Dies wäre für das Sondereigentum ohne Belang.

(25) vgl. oben S. 158

(26) de lege ferenda ist die Frage nur noch für den Fristbeginn maßgeblich, da Kaufrecht und Werkvertragsrecht im Baubereich gleiche Fristen enthalten sollen, allerdings im Kaufrecht die Verjährung mit der tatsächlichen Fertigstellung beginnen soll - vgl. S. 138 f. -

Trotz allem ist eine einheitliche Betrachtung und die ausschließliche Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistung geboten. Dies folgt zum einen aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit gemäß § 6 WEG, der das Sondereigentum juristisch mit dem Gemeinschaftseigentum verknüpft. Zum anderen sind die Gewährleistungsinhalte des Kaufrechts und des Werkvertragsrechts verschieden. Der Käufer hat vor allem keinen Anspruch auf Nachbesserung. Würde man beide Vertragsrechte anwenden, so würde neben einer Zersplitterung des Rechts das Problem auftauchen, daß bei jedem Mangel sorgfältig geprüft werden müßte, ob der Mangel am Sondereigentum oder am Gemeinschaftseigentum entstanden ist (27). Auch aus praktischen Gründen ist daher eine einheitliche Behandlung geboten. Die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistung ergibt sich allein aus der Tatsache, daß sich der Veräußerer zur Herstellung weiterer Bauteile verpflichtet hat, so daß Kaufrecht ausscheidet.

5. Besondere Probleme beim Wohnungseigentum können entstehen, wenn die Gesamtanlage nur sukzessiv bezogen wird, und sich Mängel erst zeigen, wenn das gesamte Objekt bezogen und benutzt wird, wie z.B. wenn die Heizungsanlage oder Wasserver- bzw. entsorgung nicht für alle Wohnungen ausreichend dimensioniert oder die Schall- und Wärmeisolierung zwischen verschiedenen Wohnungen ungenügend ist (28).

(27) ebenso würde es § 6 Abs.2 WEG widersprechen, wenn wegen der kombinierten Anwendung nur teilweise eine Sicherung gemäß § 648 möglich wäre.

(28) vgl. etwa den Sachverhalt BGH NJW 73, 1235

Auch hier kann zunächst de lege lata die vorgeschlagene einschränkende Auslegung des § 638 Abs.1 S.2 bzw. de lege ferenda eine Änderung der Vorschrift helfen. Das würde dazu führen, daß hinsichtlich der Heizungsanlage die Verjährung erst in dem Zeitpunkt beginnt, in dem alle Wohnungen bezogen sind. Im Einzelfall wird jedoch zu prüfen sein, ob dieses für den Veräußerer harte Ergebnis nicht auf andere Weise verhindert werden kann. So könnte etwa der Veräußerer, auch wenn noch nicht alle Wohnungen bezogen sind, diese beheizen und einen Prüftermin ansetzen, um zu beweisen, daß die Heizungsanlage mangelfrei ist. Damit stellt der Veräußerer die Überprüfbarkeit - wenn auch nur vorübergehend - her und erreicht, daß die Verjährung zu laufen beginnt (29). Das Beispiel zeigt, wie sinnvoll bei Eigentumswohnungen die Aufnahme eines Abnahmeprotokolls ist.

E. Zusammenfassung

1. Wie für den normalen, konventionellen Hochbau ist die Verjährungsregelung des § 638 de lege lata für die besonderen Bauleistungen und Vertragsgestaltungen dieses Kapitels unzureichend. Dies betrifft sowohl die juristischen Abgrenzungsschwierigkeiten als auch die praktischen Ergebnisse. Die vorgeschlagene, rechtspolitische Änderung des § 638 muß daher auch die behandelten Besonderheiten betreffen. Diese stehen dem konventionellen Hochbau so nahe, daß eine Sonderregelung nicht erforderlich ist.

2. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Im Hochhausbau besteht kein besonderes Späterkennbarkeitsrisiko, weshalb eine spezielle gesetzliche Regelung entbehrlich ist.

(29) nicht umsonst werden häufig Probebeheizungstermine mit Messungen, probeweiser Vollbetrieb der Be- und Entwässerung o.ä. vorgenommen.

b) Im Bereich des Fertigteilbaues werden nach der rechtspolitisch vorgeschlagenen Lösung alle Risiken sachlich verwertet.

c) Beim sog. Kauf vom Bauträger veranlaßte die bisherige Regelung der Verjährung in § 477 die Rechtsprechung zu einem dogmatischen Kunstgriff, wonach selbst für den Erwerb eines bereits fertiggestellten Bauobjekts hinsichtlich der Gewährleistung Werkvertragsrecht gelten soll. Diese Maßnahme ist nicht mehr nötig, sobald die Vorschrift des § 477 de lege ferenda die typischen Baurisiken entsprechend dem vorgeschlagenen Wortlaut berücksichtigt.

d) Gleiches gilt für den Erwerb von Wohnungseigentum, wobei noch zu differenzieren ist:

(1) Sind Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum bei Vertragsabschluß fertiggestellt, so gilt ausschließlich Kaufrecht. Erst durch die vorgeschlagene Änderung des § 477 wird der Käufer genügend geschützt.

(2) Bezieht sich der Vertrag auf die Errichtung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum, findet hinsichtlich der Gewährleistung umfassend Werkvertragsrecht Anwendung. De lege lata wird im Rahmen des § 638 das Späterkennbarkeitsrisiko nicht genügend konkret beachtet. Eine Änderung des § 638 ist daher geboten.

(3) Ist bei Abschluß des Vertrages nur das Sondereigentum oder das Gemeinschaftseigentum fertiggestellt, muß eine juristisch einheitliche Betrachtung vorgenommen werden, die zur ausnahmslosen Anwendung von Werkvertragsrecht für die Gewährleistung führt. Die Fälle dieser Art werden ebenfalls von der rechtspolitischen Änderung des § 638 erfaßt, bedürfen somit im Verhältnis zum konventionellen Hochbau keiner Sonderregelung.

X. K a p i t e l : Geistige Leistungen

A. Darstellung der heutigen Situation

1. Die vom Gesetz in § 638 Abs.1 S.2 vorgenommene Aufteilung der verschiedenen Werkleistungen läßt offen, ob geistige Leistungen neben den beweglichen und unbeweglichen Werken als dritte Gruppe der kurzen Verjährungsfrist von 6 Monaten zugeordnet werden, oder ob unter Berücksichtigung des Bezugsobjekts der geistigen Leistung diejenige Frist gilt, die für das Bezugsobjekt selbst gelten würde.

Die innere Systematik des § 638 Abs.1 S.1 war bereits oben (1) besprochen worden. Da das Gesetz kein Bezugsobjekt für die 6-monatige Frist nennt, läge es nahe, unter diese Grundfrist auch die geistigen Leistungen zu ziehen.

Die Rechtsprechung setzt geistige Leistungen mit körperlichen Leistungen am Bau gleich und stellt darauf ab, wie die körperliche Leistung, auf die sich die geistige Leistung bezieht, bei § 638 Abs.1 S.1 einzuordnen ist. Dies gilt für die Tätigkeit des Architekten, die Vermessung eines Grundstücks, die statische Berechnung eines Vorhabens, die Leistungen eines vom bauleitenden Architekten zur Vorlage von Detailplänen beauftragten Ingenieurs und die Anfertigung eines geologischen Baugrundgutachtens (2).

(1) vgl. oben S. 31 f., 88 f.

(2) BGHZ 32, 206 = NJW 60, 1198; BGHZ 58, 225 = NJW 72, 901; BGHZ 48, 257 = NJW 67, 2259; OLG München NJW 74, 2238; BGH NJW 79, 213; bei den übrigen geistigen Leistungen gilt die Frist von 6 Monaten.

Grundgedanke der Rechtsprechung ist dabei jeweils die Auffassung, daß die Durchführung des Vorhabens ohne die betreffende geistige Leistung nicht möglich sei, da es sich nicht um Vorbereitungstätigkeiten, sondern um wesentliche Teile der Gesamterrichtung handele (3). In der Entscheidung vom 26.10.1978 - VII ZR 249/77 (4) weist der BGH darauf hin, daß geistige Leistungen der Architekten, der Vermessungsingenieure, der Statiker und der geologischen Sachverständigen dazu bestimmt sind, ihre Verkörperung im Bauwerk selbst zu finden. Anders soll es sich bei Rechtsgutachten oder Expertisen über den Bodenwert verhalten.

Die Rechtsprechung stellt offensichtlich nur auf das Ergebnis der Subsumtion ab, anstatt § 638 Abs.1 S.1 in Bezug auf das spezielle Späterkenntnisrisiko dogmatisch einwandfrei auszulegen (5). Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß der BGH z.T. betont, die längeren Fristen des § 638 Abs.1 S.1 seien wegen der Erfahrung notwendig, daß Baumängel häufig erst nach Jahren zu entdecken sind (6). Gerade in dieser Entscheidung hebt das Gericht ergebnisbezogen hervor, daß dem Architekten keine kürzere Verjährung zugebilligt werden dürfe als dem Bauunternehmer oder Handwerker.

2. Nicht ganz zu Unrecht hat sich die Literatur gegen diese ergebnisorientierte Judikatur gewandt.

(3) BGHZ 37, 341 (344)

(4) NJW 79, 213 (214)

(5) so auch schon Ganten NJW 75, 391

(6) BGHZ 32, 206 (208)

So will Ballerstedt dem Besteller gegen die Einrede der Verjährung bei allgemeinen Sachverständigen-Leistungen eine eigene Gegeneinrede treuwidrigen Verhaltens einräumen (7). Er betont zu Recht, daß eine Überprüfung von Gutachten innerhalb der 6-Monatsfrist nicht möglich sei und einer wiederholenden Vollerstattung gleichkomme. Weshalb allerdings das Verhalten des Sachverständigen, der lediglich die gesetzlich zugelassene Verjährungseinrede erhebt, treuwidrig sein soll, ist nicht einzusehen. Ballerstedt meint, daß das Vertrauen in die Fähigkeit des Sachverständigen und die faktische Unüberprüfbarkeit der Leistung die Verjährungseinrede treuwidrig erscheinen lassen (8). Die Begründung überzeugt nicht, da fraglich ist, ob einem Gutachter generell besonderes Vertrauen entgegengebracht wird. Abgesehen davon wird auch anderen Personen wie Ärzten, Architekten, Steuerberatern, Rechtsanwälten u.a. in gewisser Weise vertraut, ohne daß deren Verjährungseinrede treuwidrig wäre. Für den separaten Bereich des kompletten Architektenvertrages jedoch will Ballerstedt diese Gegeneinrede nicht zulassen, da die fachliche Leistung des Architekten in gewissem Umfang der bauaufsichtlichen Kontrolle unterliege, so daß die 5-jährige Frist hier sachgerecht sein soll (10).

Ganten (11) pflichtet der Rechtsprechung für den Normalfall insoweit bei, als er die Anwendung der 5-jährigen Frist aus dem Zweck der Verjährungsbestimmung gewinnen will (12). Lediglich in den Fällen, wo der Bauherr die Planung nicht alsbald realisiert hat, soll differenziert werden, ob die baldige Realisierung von vornherein beabsichtigt war. Dann bleibt es bei den Grundsätzen der Rechtsprechung, während Ganten bei

(7) S. 724 ff.

(8) S. 725

(10) S. 726

(11) NJW 75, 391

(12) derselbe Pflichtverletzung S. 102

entgegengesetzter Sachlage, dem sog. Schubladenplan, abstrakt die 6-monatige Grundfrist, beginnend ab Abnahme der Architektenleistung anwendet (13). Bei einer späteren Verwirklichung der Planung könne der Bauherr oder Besteller den Entwurf oder die Planung neu prüfen lassen.

3. Neben der langen 5-jährigen Frist hat die Rechtsprechung dem Bauherrn einen weiteren Schutz über eine späte Festlegung des Verjährungsbeginns dort gewährt, wo ein kompletter Architektenvertrag vorliegt (14). Der Beginn der Architektenverjährung soll danach erst eintreten, wenn der Architekt alle Einzelleistungen wie abschließende Rechnungsdurchsicht, Prüfung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn gegen die Unternehmer u.a. erledigt hat. Dadurch erlangt der Bauherr z. B. für den Teil der Architektenplanung, die schon sehr früh vorgelegt wird, daß die Verjährungsfrist praktisch 5 Jahre zuzüglich Bauzeit beträgt. Dies erscheint naheliegend, wenn man bedenkt, daß der Architekt vielfach noch während der Bauausführung in der Lage ist, Planungsfehler vor ihrer Verwirklichung auszuschalten. Die Verhältnisse sind ähnlich wie bei der Gegenüberstellung von Teilarbeiten, die einmal separat, das andere Mal in einem großen Gesamtauftrag vergeben werden. Der BGH hat - im Gegensatz zu den Unternehmerleistungen zu Recht - die sich aus § 19 GOA ergebenden Einzelleistungen bei der Frage der Abnahme der Architektenleistung (15) berücksichtigt.

(13) vgl. NJW 75, 392

(14) BGH VersR 71, 157

(15) hiergegen Ganten ebenda S. 105 f., der auf die Fertigstellung des Bauvorhabens abstellt; vgl. heute zum Leistungsumfang § 15 HOAI 1977

Anders entscheidet die Rechtsprechung bei den sonstigen Leistungen geistiger Art wie etwa bei denen des Statikers, des Vermessungsingenieurs und des geologischen Sachverständigen. Hier wird für den Lauf der Verjährungsfrist die Realisierung des Vorhabens nicht als erforderlich angesehen (16). Es bleibt festzuhalten, daß der BGH für die Fristenlänge von 5 Jahren alle geistigen Leistungen im Baubereich gleichstellt, während er bezüglich des Fristbeginns zwischen Architektenleistung und sonstigen Leistungen unterscheidet.

Schubert (17) will bei rein bauplanerischer Tätigkeit des Architekten als Fristbeginn erst die Fertigstellung des Bauwerkes annehmen und begründet dies mit einer Gesetzeskorrektur des § 638 Abs.1 S.1 3. Fall, während bei sonstigen Gutachten außerhalb des Baubereichs eine Korrektur des § 638 Abs.1 S.1 1. Fall dazu führen soll, daß die 6-monatige Frist ab Schadenseintritt laufen soll. Rengier (18) betont, daß die werkvertragliche Verjäl

- (16) BGHZ 37, 341 = NJW 62, 1764 ; BGHZ 48, 257
= NJW 67, 2259; in NJW 79, 213(215) betont
der BGH, daß das Gesetz die Verschiebung des
Verjährungsbeginns bis zur Herstellung des
Werkes, in dem sich die geistige Leistung verkörpert, nicht vorsieht; im übrigen spreche
gegen eine Verschiebung, daß sich die Abnahme
des Bauwerkes aus Gründen verzögern kann, die mit
der ordnungsgemäßen Leistung des Geologenwerks
und dessen Billigung nichts zu tun haben.

(17) JR 75, 184 und BB 75, 585 f.

(18) S. 76

rungsregelung auf Sachwerke zugeschnitten sei, wobei die Besonderheit nicht berücksichtigt sei, daß Gutachten nicht separat überprüft werden können. Das ist zwar zutreffend; wenn Rengier aber weiter meint, eine kurze Verjährungsfrist sei für Gutachten nicht notwendig, weil diese regelmäßig schriftlich erstattet würden, und so Beweisschwierigkeiten durch Zeitablauf nicht zu erwarten seien, so verkennt er, daß im Rahmen der Überprüfung von Gutachten oft streitig ist, ob der Gutachter den zu behandelnden Sachverhalt richtig aufgenommen und wiedergegeben hat.

4. Die heutige Situation läßt sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Nach der Rechtsprechung sind körperliche und geistige Leistungen gleich zu behandeln. Für die Länge der Verjährung ist maßgeblich, auf welche körperliche Leistung sich das geistige Werk bezieht. Da sich die komplette Tätigkeit des Architekten auf die Gesamterrichtung eines Gebäudes bezieht, gilt für den Architektenvertrag die Frist von 5 Jahren.
- b) Verjährungsbeginn tritt im allgemeinen mit Abnahme der geistigen Leistung ein; lediglich beim kompletten Architektenvertrag verlangt der BGH die Fertigstellung des Gesamtvorhabens, die Prüfung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn gegen die Unternehmer sowie die abschließende Rechnungsdurchsicht durch den Architekten.

B. Gedanken zum kompletten Architektenvertrag

1. Die Diskussion der Architektenleistung - zunächst in der Form des kompletten Architektenvertrages - wurde bis-

her ausgehend vom Bauwerksbegriff des § 633 unter der Frage geführt, ob der Architekt Unternehmer ist und die Errichtung des Bauwerkes (mit)schuldet. Die Literatur hat dies abgelehnt. Insbesondere Bindhardt (19) weist darauf hin, daß zum einen der Architekt nur das im Gegensatz zum körperlichen abstrakte "Entstehenlassen" des Bauwerkes schulde, daß zum anderen bei der Gleichstellung von Bauunternehmer und Architekt auch der Grundwasserexperte und jeder sonstige Baufachmann mit der 5-jährigen Frist ab Abnahme des Gesamtvorhabens zu konfrontieren sei. Er räumt allerdings selbst ein (20), daß die von ihm vorgeschlagene 6-monatige Frist unzureichend ist, und verweist auf die mögliche Verwendung von Mustervorträgen mit angepaßten Fristen. Zudem findet sich in der Literatur (21) die dem BGH vorgehaltene Frage, was denn nach der Rechtsprechung gelten solle, wenn sich Mängel der Architektenplanung bereits vor Verwirklichung in dem geplanten Vorhaben aufdecken lassen, und die vom BGH berücksichtigte Realisierung der Planung unerheblich bleibt. Ganten (22) ist der Auffassung, daß schon bei der Vergabe der alleinigen Architektenplanung für ein konkretes Vorhaben ein Teil der Gesamtterrichtung vorliege. Dieser Auffassung schließen sich auch Herding-Schmalzl (23) an, wobei der reine Wortlaut "bei Bauwerken" tragendes Argument sein soll. Das RG (24) hat - allerdings im Rahmen des § 648 - den Architekten nicht als Unternehmer anerkannt, wobei noch die Besonderheit galt, daß das RG den Architektenvertrag als Dienstvertrag eingestuft hat. Heute wird von den Ge-

(19) S. 225 f.; auch Roth-Gaber S. 246 lehnen eine Gleichstellung ab.

(20) S. 226 f.

(21) ebenda; auch Krattinger NJW 69, 219

(22) NJW 75, 392

(23) S. 282, 284

(24) RGZ 63, 315

richten und der Literatur zur Anwendbarkeit des § 648 die Frage oft aufgeworfen, ob der Architekt Unternehmer ist (25). Beide Vorschriften der §§ 638 Abs.1 S.1 und 648 Abs.1 S.1 sind für den vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht zu vergleichen. Als Äquivalent zu § 647, der sich auf bewegliche Werke bezieht, regelt § 648 den Bereich der unbeweglichen Werke, so daß im Rahmen der Auslegung des § 648 das Kriterium der engen und festen Verbindung in Zusammenhang mit § 94, das oben im Rahmen des § 638 abgelehnt wurde, seinen berechtigten Platz einnimmt, woraus sich umgekehrt ergibt, daß Ausführungen zu § 648 für die vorliegende Thematik nicht ohne weiteres brauchbar sind. Insbesondere ist bei § 648 die Anwendung des § 94 zulässig, wie die Materialien (26) zeigen, wonach die dem Grundeigentümer durch die feste Verbindung zukommende Wertsteigerung eine Sicherung des Bauunternehmers bzw. Architekten verlangt. Hier liegt das entscheidende Kriterium gerade in der Verbindung. Auch die Entscheidung des OLG Celle vom 18.06.1976 bezüglich der Baureinigungsarbeiten (27) zeigt, daß die §§ 638 und 648 verschiedene Ziele verfolgen, da Reinigungsarbeiten nie Bauwerksleistungen nach § 638 sein können. Die Anwendbarkeit des § 648 für Architektenleistungen hängt davon ab, inwieweit das geplante Vorhaben realisiert worden ist. Dieses Kriterium ist aber für die Gesetzesziele des § 638 Abs.1 S.1 unbeachtlich. Daher ist der Bauwerksbegriff in beiden Vorschriften verschieden auszulegen.

(25) vgl. hierzu Tempel JuS 73, 414 ff.; Maser BauR 75, 91 ff.; Schmalzl NJW 62, 1773; BGH 51, 190 = NJW 69, 419; OLG Düsseldorf NJW 72, 1363; OLG München NJW 73, 289

(26) Prot. II S. 2238

(27) BauR 76, 365

V. Craushaar (27a) bewertet die Leistungen der Architekten, Statiker und anderer Sonderfachleute als Arbeiten beim Bauwerk, soweit ein bauspezifisches Risiko verliert, und beachtet damit den Zweck der 5-Jahresfrist des § 638.

2. Für die Behandlung geistiger Leistungen im Baubereich sind zwei Grundsätze zu beachten, die in der Literatur und Rechtsprechung nur z.T. angeschnitten und berücksichtigt werden:

a) Nicht nur der Architekt oder Sachverständige, Ingenieur o.a. erbringen geistige Leistungen, auch die Bauunternehmer selbst werden über ihre rein körperlich-handwerkliche Tätigkeit hinaus in gewissem Umfang geistig tätig. So müssen etwa vom Glaser je nach der Größe der zu verglasenden Fläche Glasstärken berechnet oder zumindest ausgewählt werden. Im Rahmen der Heizungs-, Wasser und Abwasserinstallation müssen Rohrweiten und technische Voraussetzungen von Aggregaten berechnet werden. Die Verlegung der Elektroinstallation erfordert die Berechnung der richtigen und zulässigen Kabelquerschnitte sowie Sicherungsanlagen. Die Verlegung von Heizöltanks und Montage von Ölheizungen verlangt die Einhaltung von zahlreichen technischen Vorschriften, was teilweise von den zuständigen Bau- oder TÜV-Behörden überprüft werden muß. Auch die Funktion des vom Bauunternehmer eingesetzten Poliers, der körperlich in keiner Weise an der Errichtung mitwirkt, ist rein geistig.

Nur in den extremen Bereichen der Statik wird die geistige Leistung allein dem Architekten bzw. Statiker überlassen. Aus dieser Aufzählung ergibt sich, daß eine reine Trennung körperlicher und geistiger Leistungen nicht möglich ist, auch wenn umgekehrt der Architekt keine körper-

(27a) S.998 oben und dort Fn. 54

lichen Leistungen erbringt. Diese Tatsachen sprechen daher dafür, Leistungen des Bauunternehmers und des Architekten generell gleich zu behandeln, also auch für das Architektenwerk die Fristen der jeweiligen körperlichen Bezugsobjekte anzuwenden.

b) Als weitere allgemeine Tatsache muß beachtet werden, daß der Architekt zwar körperlich nicht an der Errichtung des Vorhabens beteiligt ist, daß aber seine Tätigkeit neben der rein technischen und organisatorischen auch eine Komponente öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeit enthält (28). So bestimmen sämtliche Landesbauordnungen, daß der Bauherr eine - entsprechend qualifizierte - Person zu bestellen hat (29). Diese im vorliegenden Zusammenhang einheitlich als Bauleiter bezeichnete Person ist für die Einhaltung der - baurechtlichen sowie polizeirechtlichen - Vorschriften des öffentlichen Rechts verantwortlich. Umgekehrt hat die Durchführung des Vorhabens ohne Bauleiter als Ordnungswidrigkeit möglicherweise die Verhängung einer Buße und die zwangsweise Baueinstellung zur Folge (30). Der Vorgang der Errichtung eines Bauobjekts darf daher in rechtlicher Hinsicht nicht allein in der materiellen Anhäufung und Verbindung von Baumaterialien gesehen werden, vielmehr sind die technisch und rechtlich relevanten Vorgänge, wie eben die Tätigkeit des Architekten mit einzubeziehen. Die bedeutsame und unumgängliche

(28) dies klingt ebenso bei Ballerstedt S. 726 an.

(29) z.B. BauO Berlin 71 § 75 Abs.1 S.1; LBO Bad.Württ. § 78 Abs.1 S.1; BauO NRW § 72 Abs.1 S.1; Bay BO Art. 73 Abs.1 S. 2

(30) vgl. etwa LBO Bad.Württ. §§ 78 Abs.1 S.1, 100 Abs.1 Nr.3, 112 Abs.1 Nr.5

Funktion des Architekten als verantwortlichem Bauleiter führt dazu, daß seine Tätigkeit den (körperlich-) geistigen Leistungen des Bauunternehmers gleichzusetzen ist mit der Folge, daß die vom BGH hervorgehobene Mitwirkungstätigkeit des Architekten tatsächlich begründet ist, und daß der Architekt als Unternehmer nach § 638 Abs.1 S.1 3. Alt. anzusehen ist.

Eine Differenzierung zwischen Architekt und Bauunternehmer ist vor allem dort nicht zulässig, wo es um Fehler im geistigen Bereich geht. Es wäre hier unverständlich, daß der Bauunternehmer schlechter gestellt werden soll (über die 5-jährige Frist), weil er neben der einzelnen geistigen Leistung, die zum Mangel geführt hat, auch noch körperliche Leistungen erbringt. Ist so etwa beim Betonieren von Decken ein erwarteter Frosteinbruch übersehen worden, so stellt dies sowohl einen Ausführungsfehler seitens des Bauunternehmers als auch einen Aufsichtsfehler des bauleitenden Architekten dar, aus dem sich erst nach langer Zeit entdeckbare Mängel und Schäden entwickeln können.

Soweit man die sachlichen Kenntnisse des Bauunternehmers und des Architekten vergleicht, ergibt sich, daß an den Architekten höhere Anforderungen zu stellen sind, so daß aus diesem Gesichtspunkt eine kürzere Frist für den Architekten erst recht ausscheiden muß. Bereits oben (31) wurde hierzu historisch gezeigt, wie umgekehrt das preußische Recht die besondere Sachkunde des Baumeisters durch eine stark veränderte Gewährleistungsfrist berücksichtigt hat.

c) Die hier deshalb vorgeschlagene Gleichstellung des Architekten und des Bauunternehmers darf natürlich nur insoweit gelten, als das sog. Späterkennbarkeitsrisiko - wie bei den Leistungen des Bauunternehmers - tatsächlich besteht. Das führt dazu, daß wieder entsprechend den obigen Risikogruppen aufzuteilen ist.

(31) vlg. oben S. 74

De lege lata haftet der Architekt wie ein Bauunternehmer 5 Jahre lang, soweit ein bauspezifisch statisches Risiko maßgeblich ist. Sind also durch Planungsfehler oder Aufsichtsfehler des Architekten statische Schäden wie etwa Risse, Abbrechen eines Balkons o.ä. entstanden, so gilt die 5-jährige Frist. Im übrigen bleibt es bei der kurzen Verjährung von 6 Monaten. De lege ferenda kommen die veränderten Fristen zur Anwendung. Grundsätzlich beträgt daher die Verjährung ein Jahr, für die Schäden bei Durchfeuchtung oder an der Außenhaut zwei Jahre und im statischen Bereich 5 Jahre (32). Die bisherigen Ausführungen betrafen den von der hM (33) als Werkvertrag eingestuften kompletten Architektenvertrag. Nach der Entscheidung des BGH vom 07.03.1974 - VII ZR 217/72 (34) gelten sie auch für Architektenverträge, die nicht die Anfertigung des Vorentwurfs, des Entwurfs und der Bauvorlagen umfassen.

C. Weitere geistige Leistungen

Hat der in Anspruch genommene Architekt nur die Planung übernommen, so kann das Kriterium der Mitwirkung des Architekten an der Gesamterrichtung nicht eingreifen. Hier liegt eine Tätigkeit des Architekten vor, die den gutachterlichen und sonstigen geistigen Leistungen gleichkommt.

Für den Bereich der reinen Architektenplanung gilt zunächst, daß sich die Mangelfreiheit von geistigen Leistungen regelmäßig erst in der Realisierung zeigen kann. Mit Recht weist Ballerstedt (35) darauf hin, daß die Überprüfung eines hydrologischen Gutachtens vor Realisierung des Vorhabens einer Zweiterstattung gleichkommt.

(32) vgl. oben S. 143

(33) BGHZ 62, 204 mit Hinweisen

(34) BGHZ 62, 204 = NJW 74, 898

(35) S. 725

Genauso verhält es sich bei Steuerberaterleistungen (36) oder Rechtsgutachten, wenn etwa geprüft werden soll, welche einzelnen gerichtlichen oder außergerichtlichen Maßnahmen zu ergreifen sind, und sich erst nach Jahren im Instanzenzug zeigt, daß etwa das anfangs erstattete Rechtsgutachten Fehler enthält. Gleiches gilt für medizinische Gutachten, wo ebenfalls erst nach Jahren Erkenntnisse über die Mangelfreiheit des Gutachtens zu erhalten sind. In all diesen Fällen trägt der Besteller das Risiko des anfangs nicht feststellbaren Fehlers. Die Vorfrage ist also, ob im Baubereich das sog. "Realisierungsrisiko" zugunsten des Bauherrn auf den Architekten bzw. Gutachter zu verlagern ist (37).

Bei den Leistungen im Gesamtarchitektenvertrag war die Gleichstellung von Architekt und Bauunternehmer mit der Verantwortlichkeit des Architekten begründet worden. Eine Zwischenstellung nehmen hier die Vermessungsingenieure, Statiker u.a. ein. Auch sie sind - teilweise - zur Einhaltung der öffentlichrechtlichen Bauvorschriften unumgänglich, jedoch ist ihre Beteiligung an der Errichtung des Vorhabens selbst nicht so stark wie die des mit einem kompletten Vertrag versehenen Architekten. Umgekehrt können aber gerade durch Fehler ihrer Leistungen spät erkennbare, statische Schäden entstehen.

Das Problem stellt sich noch um einen Grad deutlicher als das oben aufgezeigte nutzungsbedingte Späterkennbarkeitsrisiko. Auch hier bieten sich zwei Lösungswege an:

- a) Eine Modifikation des Verjährungsbeginns unter Berücksichtigung der tatsächlichen Realisierung als Zeitpunkt, zu dem die Prüffähigkeit einsetzt - oben S.103 f.

(36) nach KG NJW 77, 110 gilt hier Werkvertragsrecht

(37) Ballerstedt S. 724 ff. bejaht dies im Ergebnis.

- b) Eine mittelbare Verjährungsverlängerung, indem wie beim kompletten Architektenvertrag körperliche und geistige Leistungen gleichgestellt werden, und das körperliche Bezugsobjekt maßgeblich ist.

1. Im Ergebnis dürfte dem Auftragnehmer oder Gutachter kein Vorteil dadurch entstehen, daß der Auftraggeber nur einen Schubladenplan verlangt, mangels Realisierung keine Mängel erkennen kann und keine Gewährleistungsansprüche geltend macht. Da aber diese Besonderheit in der Sphäre des Auftraggebers liegt, nach dessen Willen die geistige Leistung vorzeitig erbracht werden soll, muß der Auftraggeber die Konsequenzen dieser Besonderheit übernehmen. Es ist für den Baubereich nicht ersichtlich, weshalb geistige Leistungen anders bewertet werden sollen als juristisch, steuerberatend oder medizinisch geistige Leistungen. Die im VI. Kapitel vorgeschlagene teleologische Reduktion des § 638 Abs.1 S.2 und dessen Abänderung de lege ferenda entfallen hier zum einen, weil sie wegen der noch dazulegenden Fristenlänge nicht erforderlich sind, zum anderen weil die Besonderheit der geistigen Leistung in der mangelnden Überprüfbarkeit liegt (38). Während bei den obigen Beispielen einzeln vergebener und früh im Gesamtvorhaben erbrachter Leistungen die mangelnde Überprüfbarkeit einen Sonderfall bildet, ist die mangelnde Überprüfbarkeit von Gutachten und Planungen wesensimmanent. Das von der I. Kommission und der Literatur geforderte Element der Prüfbarkeit (39) entfällt als Voraussetzung für den Lauf der Verjährung. Die Verjährung muß daher im vorliegenden Zusammenhang

(38) abgesehen davon kann z.B. die Leistung des Vermessungsingenieurs ohne weiteres nachgeprüft werden.

(39) vgl. oben S.103f.

- wie es § 638 Abs.1 S.2 vorschreibt - mit der Abnahme des Gutachtens, der Planung, also mit der Abnahme des eigentlichen Werkes beginnen.

2. Einen speziellen Schutz benötigt der Auftraggeber über die Fristenlänge dort, wo sich aus dem Gutachten oder der geistigen Leistung bauspezifische Risiken ergeben, da hier nach den Materialien ein Schutz des Auftraggebers vorgesehen ist. Ganz deutlich wird dies bei der Statik, wo eine falsche Berechnung oft nach Jahren noch zu Schäden führen kann.

Die Rechtsprechung hatte bisher keine Bedenken, die 5-jährige Frist hier anzuwenden. Sie hat diese Anwendung jedoch zu pauschal vorgenommen. Es sind Fälle denkbar, in denen der BGH - zu Recht - eine Mitwirkung eines Auftraggebers an der Errichtung des Bauwerkes ablehnen könnte, die von der Leistung des Auftragnehmers ausgehenden Risiken aber einen besonderen Schutz des Bauherrn gebieten. Zu denken ist etwa an hydrologische Gutachten oder gutachterliche Leistungen eines Baustofflabors, wenn der Bauherr oder die Baubehörde wegen Zweifel der Ordnungsmäßigkeit des verwandten Betons eine Prüfung durch ein Labor veranlassen. Auch wenn diese Personengruppe nicht an der Errichtung des Bauwerkes beteiligt ist, kann eine zwei- oder 5-jährige Frist sinnvoll sein. Es wurde oben gezeigt, in welcher enger Verbindung geistige und körperliche Leistungen bei der Errichtung stehen. Zu Recht geht der BGH (40) davon aus, daß eine Bauwerksleistung nicht nur als körperliches Werk vorliegen muß. Anderenfalls würde sich die Frage stellen, ob die geistige - etwa beratende - Tätigkeit des Bauunternehmers anders als seine körperliche Tätigkeit zu behandeln und der 5-Jahresfrist zu entziehen ist. Demnach muß jede Tätigkeit im Zusammenhang mit Bauwerken

(im technischen Sinn) der 5-jährigen Frist zugeordnet werden, soweit es sich um statische Risiken handelt. Wie schon betont soll ein Gutachter nicht bevorzugt werden. Zwar liegt streng nach dem Wortlaut des § 638 Abs.1 S.1 keine Errichtung eines Bauwerkes vor; es ist aber möglich, daß das Gesetz de lege lata eine Auslegung zuläßt, wonach auch geistige Leistungen als Bauwerksarbeiten gelten. Während das Gesetz bei der einjährigen Frist mit der Formulierung "Arbeit am Grundstück" auf den tatsächlichen Vorgang abstellt, berücksichtigt es bei der 5-Jahresfrist und dem Begriff "Bauwerk" das Produkt der jeweiligen Leistung. Daher ist es zulässig, unter den Begriff "Bauwerk" auch geistige Leistungen zu ziehen, da sie Voraussetzungen des Produktes Bauwerk sind (41). Die Interpretation des § 638 vom Wortlaut her ist jedoch allein nicht maßgebend. Entscheidend ist vielmehr der Schutzzweck der Regelung unter Berücksichtigung der Ziele der I. und II. Kommission. Die Situation des Bauherrn verlangt, daß dieser vor dem besonderen Späterkennbarkeitsrisiko geschützt wird, auch wenn es von Gutachten oder sonstigen geistigen Arbeiten ausgeht.

De lege lata gilt daher für geistige Leistungen die Grundfrist von 6 Monaten. Nur soweit statische bauspezifische Risiken verwirklicht sind, darf die 5-Jahresfrist angewandt werden.

Zur Korrektur der praktischen Ergebnisse empfiehlt sich die obige Lösung de lege ferenda. Die Grundfrist erhöht

(41) so auch schon für den Architektenvertrag Herding-Schmalz S. 282

sich auf ein Jahr. Für Durchfeuchtungen und Schäden an der Außenhaut gilt die 2-Jahresfrist, während im bauspezifisch statischen Bereich 5 Jahre beibehalten werden.

3. Für die geistigen Leistungen ergeben sich somit folgende Regeln:

- a) Geistige und körperliche Leistungen sind gleichzustellen.
- b) De lege lata ist für sämtliche geistigen Leistungen zu beachten, welche Risiken sich verwirklicht haben. Sind dies bauspezifisch statische, so gilt die 5-Jahresfrist. Im übrigen bleibt es bei 6 Monaten. Verjährungsbeginn ist generell die Abnahme der geistigen Leistung, bei kompletten Architektenverträgen jedoch die gesamte Abwicklung des Vorhabens nebst Schlußabrechnung und Prüfung von Gewährleistungsansprüchen des Bauherrn gegen die Bauunternehmer.
- c) De lege ferenda gilt Entsprechendes. Doch ist die Grundfrist auf ein Jahr zu verlängern und für die Risiken bei Durchfeuchtung und an der Außenhaut eine Mittelfrist von 2 Jahren einzuführen.

Z u s a m m e n f a s s u n g

1. Der verhältnismäßig große Unterschied zwischen den Verjährungsfristen des § 638 Abs.1 S.1 von 6 Monaten bzw. einem Jahr und 5 Jahren hat dazu geführt, daß die Rechtsprechung innerhalb der letzten Jahre die früher strengen Voraussetzungen zur Annahme der 5-Jahresfrist stark erleichtert hat. Sie läßt dabei zwei Wege zu, über die eine bauliche Leistung zur Bauwerksleistung werden kann. Zum einen kommt es beim Neubau gemäß § 94 Abs.2 darauf an, ob die jeweilige Leistung zur Herstellung des Gebäudes erforderlich ist. Zum anderen sind Unternehmerleistungen immer dann Bauwerksleistungen, wenn sie gemäß § 94 Abs.1 von wesentlicher Bedeutung für die Erhaltung oder Erneuerung eines Gebäudes sind, und eine feste oder zumindest enge und dauernde Verbindung zwischen den Leistungsmaterialien und dem Gebäude entsteht.
2. Die Berücksichtigung dieser von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien ist sowohl dogmatisch unhaltbar, als auch mit den statistischen Erkenntnissen kaum zu vereinbaren. Zwar betont die Rechtsprechung regelmäßig, daß das im Baubereich in der Tat besondere Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln zur Verlängerung der Gewährleistungsfristen führen müsse; die an § 94 orientierte Abgrenzungsmethodik berücksichtigt aber nicht konkret dieses Späterkennbarkeitsrisiko, zumal dieses weder auf

die enge Beziehung zwischen Leistung und Gebäude (§ 94 Abs.1), noch auf die Üblichkeit der jeweiligen Leistung zur Neuerrichtung (§ 94 Abs.2) zurückgeht. Demzufolge muß das Späterkennbarkeitsrisiko bei der jeweiligen Einzelleistung konkret untersucht werden, wobei sich folgende Problemgruppen bilden lassen:

- a) Statische Probleme
- b) Feuchtigkeitsprobleme
- c) Probleme der sog. Außenhaut
- d) Baustoffprobleme durch Verwendung noch unerprobter Materialien

Ausgehend von dieser konkreten Betrachtung des Späterkennbarkeitsrisiko ist lediglich bei dem unter a) genannten Risiko - sowohl nach den Grundlagen des BGB als auch nach den statistischen Erkenntnissen - der besondere Schutz der langen 5-Jahresfrist der Bauwerksleistungen gerechtfertigt. Für die übrigen Risikobereiche, die der jeweiligen baulichen Leistung anhaften, bleibt allein die Frist von 6 Monaten. Die Jahresfrist der Grundstücksarbeiten kann wegen des klaren Wortlauts nur gelten, wenn die Werkleistung tatsächlich in die Substanz des Grundstücks eingreift.

3. Die dogmatischen Bedenken zu § 94 und die oft unumgängliche Anwendung der 5-Jahresfrist auf Bereiche bzw. Teilbereiche, in denen eine ein- oder zweijährige Frist genügen würde, bieten Veranlassung, das gesamte System der Verjährung - auch im Kaufrecht - neu zu gestalten. Im Rahmen dieser Neuordnung ist zunächst die Grundfrist des § 477 und des

§ 638 Abs.1 S.1 von 6 Monaten auf ein Jahr zu verlängern. Dafür sprechen praktische Bedürfnisse des allgemeinen Verbraucherschutzes und dogmatische Überlegungen im Bereich der Anspruchskonkurrenzen. Zusätzlich ist für den Baubereich eine mittlere Frist, wie sie in § 13 Nr.4 VOB/B enthalten ist, vor allem aufgrund der statistischen Erkenntnisse über die Entdeckbarkeit von Baumängeln einzuführen, wobei sich ein Zeitraum von 2 Jahren empfiehlt. Die Änderung des § 638 Abs.1 S.1 sollte daher folgende Punkte berücksichtigen:

- die Grundfrist wird von 6 Monaten auf ein Jahr verlängert
- bei Schäden aus bauspezifisch statischen Risiken gilt eine Frist von 5 Jahren
- für Schäden wegen bauspezifischer Durchfeuchtung und Schäden an der schützenden Außenhaut einer baulichen Anlage wird eine Frist von zwei Jahren eingeführt.

4. Das insoweit noch unbeachtete nutzungsbedingte Späterkennbarkeitsrisiko, dem bisher durch eine pauschale Fristverlängerung Rechnung getragen wurde, kann nur in der Weise berücksichtigt werden, daß eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Verschiebung des Verjährungsbeginns stattfindet. Dies betrifft jedoch nur den Leistungsanteil, der konkret mit dem nutzungsbedingten Späterkennbarkeitsrisiko behaftet ist. Dogmatischer Weg ist de lege lata eine teleologische Auslegung des § 638 Abs.1 S.2, wobei die Begründung darin liegt, daß Materialien, Literatur und teilweise die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kaufrechts für den

Verjährungsbeginn die Überprüfbarkeit des Werkes durch den Besteller verlangen.

De lege ferenda empfiehlt sich eine Änderung des § 638 Abs.1 S.2, wonach bei baulichen Leistungen die Verjährung nach der Abnahme erst beginnt, sobald der Besteller das Werk prüfen kann. Diese Verschiebung endet jedoch mit dem Zeitpunkt, der üblicherweise für die betreffende Bauleistung gilt.

5. Auch im Kaufrecht muß der Erwerber vor dem baulichen Späterkennbarkeitsrisiko geschützt werden. Dieses Risiko ist besonders groß, wenn der Käufer ein kurz vor Vertragsabschluß errichtetes Objekt erwirbt. Zur konkreten Berücksichtigung des Späterkennbarkeitsrisikos ist es notwendig, Käufer und Besteller gleichzustellen. Dies ist nur de lege ferenda möglich, indem für den Kauf eines Hausgrundstückes bei § 477 die gleichen Gewährleistungsfristen gelten wie bei § 638.
Die Verjährung beginnt jedoch nicht mit der Übergabe, sondern mit der tatsächlichen Fertigstellung des Objekts.
6. Im Bereich besonderer Bauleistungen und Vertragsgestaltungen (Hochhausbau, Fertigteilbau, Kauf vom Bauträger, Wohnungseigentum) und bei den geistigen Leistungen der Architekten, Statiker u.a. ist die Situation de lege lata ebenfalls unbefriedigend. Auch hier muß das Späterkennbarkeitsrisiko entsprechend der dargelegten Risikogruppen verwertet werden. Nach den hier gemachten rechtspolitischen Vorschlägen wird dieses Risiko berücksichtigt, so daß für die genannten Sondergebiete keine besondere Regelung erforderlich ist.

L e b e n s l a u f

Am 13. August 1949 wurde ich als Sohn des damaligen Architekten und späteren Münsterbaumeisters Dr. ing. Paul Booz und dessen Ehefrau, der cand. phil. Marianne Booz geb. Stappenbeck in Freiburg im Breisgau geboren. Die Schulzeit an der Volksschule und am humanistischen Berthold-Gymnasium in Freiburg beendete ich mit der Ablegung der Reifeprüfung am 29. Mai 1968.

Im Wintersemester 1968/69 begann ich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg das Jurastudium und später das Studium der Betriebswirtschaftslehre. Nach verschiedenen Semestern an den Universitäten der Städte Kiel, München und Berlin beendete ich das Jurastudium in Freiburg und legte am 18. Dezember 1973 beim Landesjustizprüfungsamt Baden-Württemberg die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Nachdem ich im Januar 1974 in einer Berliner Anwaltskanzlei eine juristische Tätigkeit übernommen hatte, wurde ich am 2. Mai 1974 zusätzlich in den Referendardienst im Bezirk des Kammergerichts aufgenommen. Die Zweite Juristische Staatsprüfung bestand ich beim Justizprüfungsamt Berlin am 30. August 1976.

Anschließend nahm ich die Arbeit an meiner Dissertation auf und wurde außerdem am 10. November 1976 als Rechtsanwalt beim Landgericht Berlin zugelassen. Seit dem 6. April 1979 bin ich am Landgericht Wiesbaden zugelassen.

Die mündliche Prüfung fand am 14. Mai 1979 statt.

Druck: Reinartz

Copier- und Offset-Center

Gaustraße 16, Telefon 06131/93670 + Kirschgarten 3, Telefon 06131/96202
6500 Mainz

